HUMANITIES AND SOCIETY SERIES

Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory

人文与社会译丛

现代社会中的法律

Roberto Mangabeira Unger

[美国] R.M. 昂格尔 著 吴玉章 周汉华 译

译林出版社

刘东 主编 彭刚 副主编

HUMANITIES AND SOCIETY SERIES

现代社会中的法律

[美国] R.M.昂格尔 著　吴玉章 周汉华 译

译林出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代社会中的法律／（美）昂格尔（Unger, R. M.）著；吴玉章、周汉华译. -南京：译林出版社，2001.4
（人文与社会译丛）
书名原文：Law In Modern Society
ISBN 7-80657-160-4

Ⅰ.现… Ⅱ.①昂… ②吴… ③周… Ⅲ.法学-研究
Ⅳ.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2000）第 46769 号

书　　名	现代社会中的法律
作　　者	[美国]昂格尔
译　　者	吴玉章　周汉华
责任编辑	府建明
原文出版	The Free Press, 1976
出版发行	译林出版社
E-mail	yilin@public1.ptt.js.cn
URL	http://www.yilin.com
地　　址	南京湖南路 47 号（邮编 210009）
照　　排	译林出版社照排中心
印　　刷	江苏新华印刷厂
开　　本	850×1168 毫米 1/32
印　　张	9.5
插　　页	2
字　　数	216 千
版　　次	2001 年 4 月第 1 版　2001 年 4 月第 1 次印刷
印　　数	1—5000 册
书　　号	ISBN 7-80657-160-4/I·140
定　　价	16.50 元

译林版图书若有印装错误可向承印厂调换

主 编 的 话

总算不负几年来的苦心——该为这套书写篇短序了。

此项翻译工程的缘起，先要追溯到自己内心的某些变化。虽说越来越惯于乡间的生活，每天只打一两通电话，但这种离群索居并不意味着我已修炼到了出家遁世的地步。毋宁说，坚守沉默少语的状态，倒是为了咬定问题不放，而且在当下的世道中，若还有哪路学说能引我出神，就不能只是玄妙得叫人着魔，还要有助于思入所属的社群。如此嘈嘈切切鼓荡难平的心气，或不免受了世事的恶刺激，不过也恰是这道底线，帮我部分摆脱了中西“精神分裂症”——至少我可以倚仗着中国文化的本根，去参验外缘的社会学说了，既然儒学作为一种本真的心向，正是要从对现世生活的终极肯定出发，把人间问题当成全部灵感的源头。

不宁唯是，这种从人文思入社会的诉求，还同国际学界的发展不期相合。擅长把捉非确定性问题的哲学，看来有点走出自我囿闭的低潮，而这又跟它把焦点对准了社会不无关系。现行通则的加速崩解和相互证伪，使得就算今后仍有普适的基准可言，也要有待于更加透辟的思力，正是在文明的此一根基处，批判的事业又有了用武之地。由此就决定了，尽管同在关注世俗的事务与规则，但跟既定框架内的策论不同，真正体现出人文关怀的社会学说，决不会是医头医脚式的小修小补，而必须以激进亢奋的姿态，去怀疑、颠覆和重估全部的价值预设。有意思的

是，也许再没有哪个时代，会有这么多书生想要焕发制度智慧，这既凸显了文明的深层危机，又表达了超越的不竭潜力。

于是自然就想到翻译——把这些制度智慧引进汉语世界来。需要说明的是，尽管此类翻译向称严肃的学业，无论编者、译者还是读者，都会因其理论色彩和语言风格而备尝艰涩，但该工程却决非寻常意义上的"纯学术"。此中辩论的话题和学理，将会贴近我们的伦常日用，渗入我们的表象世界，改铸我们的公民文化，根本不容任何学院人垄断。同样，尽管这些选题大多分量厚重，且多为国外学府指定的必读书，也不必将其标榜为"新经典"。此类方生方成的思想实验，仍要应付尖刻的批判围攻，保持着知识创化时的紧张度，尚没有资格被当成享受保护的"老残遗产"。所以说白了：除非来此对话者早已功力尽失，这里就只有激活思想的马刺。

主持此类工程之烦难，足以让任何聪明人望而却步，大约也惟有愚钝如我者，才会在十年苦熬之余再作冯妇。然则晨钟暮鼓黄卷青灯中，毕竟尚有历代的高僧暗中相伴，他们和我声应气求，不甘心被宿命贬低为人类的亚种，遂把逐译工作当成了日常功课，要以艰难的咀嚼咬穿文化的篱笆。师法着这些先烈，当初酝酿这套丛书时，我曾在哈佛费正清中心放胆讲道："在作者、编者和读者间初步形成的这种'良性循环'景象，作为整个社会多元分化进程的缩影，偏巧正跟我们的国运连在一起，如果我们至少眼下尚无理由否认，今后中国历史的主要变因之一，仍然在于大陆知识阶层的一念之中，那么我们就总还有权想像，在孔老夫子的故乡，中华民族其实就靠这么写着读着，而默默修持着自己的心念，而默默挑战着自身的极限！"惟愿认同此道者日众，则华夏一族虽历经劫难，终不致因我辈而沦为文化小国。

刘东　1999 年 6 月于京郊溪翁庄

目　　录

第一章　社会理论的困境

1

社会理论的“历史包袱”[1]

伟大的人物让后继者背上包袱是常有的事。每当政治、艺术或思想领域取得显著的成就时，随之而来并从中受益的一代人，可能会有一种没有什么真正重要的事情值得再去做的无所作为的感觉。他们可能觉得最宝贵的机会已经为前人所把握并转化成了成功的契机。因此，后来者总像是处于困境之中：或者仅仅是伟人们留下的遗产的看管人；或者虽希望独立，但由于对成功缺乏信心，只能将抱负大大压缩，并开始以技术上的熟练性在狭小的领域内进行耕耘。

在理论思想史中，这种困境呈现出一种特殊形式。一方面，即使因为失去独立性而充满内疚，后来者仍成为古典文献的注 2 释者。另一方面，他们也可能谎称以前的时代属于可以不受学科划分的限制进行探索的科学发展的前历史蒙昧时代，并以指责其前辈永远是知识分子中的少数为代价，把专门性的研究作

---

① See W. Jackson Bate, *The Burden of the Past and the English Poet* (New York, Norton, 1972), pp. 3—11.

为一种摆脱困境的选择，这种选择可以保护他们，使之避免与他们的前辈进行比较。

这两种对待伟大时代以后问题的态度，都是智力与心力的失败。它们意味着不愿直面伟大的事物，也不敢勇敢和诚实地模仿他们所钦佩的前辈。这种怯弱付出了沉重的代价，它致使学者们陷入一种以对一般理论持防御性的怀疑态度为面具的内在自卑之中。在这种情况下，人们不得不证实其个性的惟一方法是对名家著作的细枝末节进行争辩——寻找出现在黄道带上的天蟹座光彩，因为它咬住了海格立斯的脚踵[②]。

在某些环境下可以或难或易地避免这些倾向。一旦伟大的时代过去很长一段时间以后，人们就比较容易自立。人们在其影响下生活的思想家可能被界定为经典作家。这种把与人们最直接相关的名作界定为经典著作的行为，可能有一种难以理解的解放效应，因为它意味着人们已经能够承认并仿效过去时代的理论家，而同时又保持一种对于自己环境的独特意识以及那些有待完成的任务的尊严。这样，他就不再害怕承认那些经典著作中还没有解决的问题就是他自己的问题，而且可以自由地进入一种与大师比肩的合作关系。

3 前文有关伟大人物与其后代关系的所有陈述，也适用于我们对 19 世纪后半叶和 20 世纪前几十年创立了后来以社会理论著称的那些人的态度，尤其是马克思、迪尔凯姆和韦伯。从他们时代以来的大部分社会思想或者是对他们的学说进行评论，或者是在他们创立的传统内进行专门化的工作。这些专门化的领域离创立者的原始抱负越远，它们越假装具有科学独立性，它们

② See Joao Mangabeira, *Rui. O Estadista da Republica* (Rio de Janeiro, Olympio, 1943), p. 15.

就变得越没有启发作用。

当然，从许多方面来看，我们似乎应该能够开始将马克思、迪尔凯姆和韦伯视为经典作家，并将他们所创立的学说视为经典社会理论，以区别于在它之前的长期的政治哲学传统。

社会理论与政治哲学

社会理论是对社会的研究，其典型特征始见于孟德斯鸠及其同时代人和后继者的著述，并在马克思、迪尔凯姆和韦伯的著作中达到了某种顶点。它以区别于古人和经院哲学家的政治思想而首次确立其存在，主要有两个特征将其区别于早期传统：一个与其自身的目的和方法的观念有关；另一个与对人性和历史之间关系的看法有关。尽管这两个方面早已为人知晓，但它们对社会思想的中心问题所具有的含意却仍受到误解。

古人的政治哲学既是描述性的又是规范性的。这意味着它远不止关心社会应该如何组织，也不止想将具有关个人和社会的观点付诸实践，因为这两者都可以说是非常现代的社会理论。4
它表明，传统哲学所使用的方法是一种，在很大程度上（虽然不完全），不知区分事实与价值、描述与评价有何意义的方法。

如果一个人能够理解个人在社会中实际上是如何的，那么他也会认识到他们应该是如何的人。在这种理论的中心是一种对于目的与存在关系的认识，以及相应的对于支配自然和社会的法则的特定认识。每一个存在物都努力实现其内在的目的或善，这会较完美地实现其本质。在这个过程中，它也完成了上帝的安排。人的意识包括了这样一个事实，即人不能本能地知晓

自己的目的，他必须通过思维发现它，因此，他有能力偏离目的。

实现目的的努力使所有的现象都具有某种被理解为遵守规律的规律性。这种规律是由上帝所确立的决定善恶的标准，它们向我们表明事物像什么以及它们应该成为什么。在这种思想传统中，(a) 有关自然现象或社会现象相互关系的描述性规律或解释性规律和 (b) 用来确定个人应该怎样行为的道德规范或政治规范，很少区分或不加区分。

事实与价值的对立，科学与道德评价的对立，以及描述性法则与规范性法则的对立，是社会理论传统和自然科学成长中的主要论题。自孟德斯鸠以来，传统的创立者的著述中常见的许多模糊之处，或者是因为这些思想家还没有割断将他们与更为古老的观念绑在一起的联系，或者是因为他们用古人的惯常术语来表达用古代政治哲学语言无法充分阐述的想法③。

5 这就把我带到了古代政治思想和社会理论之间的第二个主要对立点：对人性和历史之间关系的看法。经典社会理论家所反对的一个主要观点就是：存在着一种所有人共享的（不管他们在历史中的位置如何）普遍的人性。对古人来说，最好的政体是那种能够最好地开发人性善的方面、最有效地抑制人性恶的方面的政体。

这种态度的一个结果是倾向于将历史当作某种生活背景，虽然历史改变了生存环境，但并没有更改其基本问题，因为这些问题牢牢地根植于不变的人性之中。单一的、超历史的人性理论的另一个结果，就是漠视对某类社会生活具有特殊意义并多少已为参与该社会生活的所有人所广泛接受的一系列价值和认

---

③ See Louis Althusser, *Montesquieu. La Politique et l'Histoire* (Paris, Presses Universitaires, 1959), pp. 20—21.

识[4]。一方面是人类精神的普遍特点，另一方面则是单个人的信仰和目的。在人类知识的普遍属性和特定个人的精神之间，没有诸如社会意识或文化之类的东西。

与我刚刚描述的观点相反，社会理论致力于探寻并理解在每一种社会生活中，人们对他人、本性和自我的认识所采取的不同形式。与其说它关注个人的心理或者普遍人性的一般构成，不如说它关注那些构成一个社会特定文化的、历史上独特的共同认识和理想体系。的确，它往往愿意牺牲那个非常有名的共同人性的观念以便满足自己的历史意识[5]。

人性的历史观念与强调认识和评价的区别紧密地联系着。在现代人看来，古人是在把人看作应该是什么而不是实际是什么的基础上，创立了一套虚幻无用的学说。古人因为未能考虑 6 人性恶的程度而被指责为肤浅，而现代人很快就成为研究人性恶方面的专家。

社会理论的统一和危机

在当前关于社会科学的思考中，常常可以听到这样两种互补的声音。第一种观点认为，我们当前在社会科学的专门领域内进行的关于社会的研究依赖于一种由概念、方法、理论和心照不宣的假设所组成的遗产，而它则是19世纪后期和20世纪初

---

④ See Emile Durkheim, *Montesquieu et Rousseau. Precurseurs de la Sociologie* (Paris, Riviere, 1953), p.47.

⑤ See Robert Cumming, *Human Nature and History. A Study of the Development of Liberal Political Thought* (Chicago, Chicago, 1969). vol. 1, pp. 66—75.

期主要的社会理论家们传给我们的。这也就是他们的著作之所以成为经典著作的原因所在；我们这些后来人与经典著作的关系是一种既依赖又背离的关系。在这种观点中通常隐含一个明显程度不同的命题，即经典遗产中的不同立场实际上构成了一个完整的整体。像托克维尔、马克思、迪尔凯姆和韦伯这样一些类似的思想家也会彼此有别，但是，据说他们的独特方法以若干种远非微不足道的方式迭盖在一起[6]。

我们继续被约束在经典社会理论安置在认识社会之上的框架之内的观念，日益增加地伴随着对社会思想现状的第二种观点。这种观点认为，经典作家及其他们的后继者在某些非常重要的问题上出了毛病。有时，这一结论建立在这样一个概念基础上，即经典社会理论的方法上有一些至关重要的不适当之处。有时反对意见则直指主题：即经典社会理论家所分析过的社会已经发生了变化，因此，它们的认识不再有用了。在更为微妙和影响更为深远的批评意见中，上述两种观点结合在一起[7]。

7 因此，据说我们当今对社会的认识处在一个“危机”之中，并且，这种危机与社会本身的一个深刻变革紧密地联系在一起，正如经典理论的产生与现代自由资本主义国家的出现紧

---

⑥ 关于这一主题的两种观点，参见 Talcott Parsons, *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers* (New York, Free Press, 1968)；以及 Robert A. Nisbet, *The Sociological Tradition* (New York, Basic Books, 1966)。对社会理论传统的一般观察，参见 Carlo Antoni, *Dallo Storicismo alla Sociologia* (Florence, Sansoni, 1940)；Anthony Giddens, *Capitalism and Modern Social Theory: An Analysis of the Writings of Marx, Durkheim, and Max Weber* (Cambridge, Cambridge, 1971)；以及 Gianfranco Poggi, *Images of Society: Essays on the Sociological Theories of Tocqueville, Marx, and Durkheim* (Stanford, Stanford, 1972)。

⑦ See Alvin Gouldner, *The Coming Crisis of Western Sociology* (New York, Basic Books, 1970).

密相联一样。只有根据新出现的社会条件给我们带来的问题，重铸社会理论的概念工具和方法论工具，我们才能走出这种困境。在设计将会解释我们自己历史条件的独特特征的理论的努力中，我们可能会加深什么是关于人和社会的普遍真理的认识。

若不更加详细地分析它们，人们既不能对前述主张作出评价，也不能依此而决定如何行事，首先要考虑经典社会理论的统一性问题。在经典社会理论家的著作中，人们很难发现哪怕是单一理论的一个轮廓。确实，一旦超出将社会理论区别于政治哲学中亚里士多德传统的基本特征之外，人们会发现在现代人之间几乎对每一决定性要点都存在分歧。然而，尽管答案殊异，但在提出的问题中却有一种引人注目的相似性。如果经典社会理论有什么统一性的话，那也是一种基于共同困境而产生的统一性，而不是一种共同理论的统一性，是一份虽然已经提出但还只是部分解决的谜团的议事日程表。

有三个主要的问题。第一是方法问题：我们应该怎样在思想和语言中描绘社会事实之间的关系？第二是社会秩序问题：什么将社会维系在一起？如果方法理论是怎样安排我们对社会的观念的见解，一种社会秩序理论则对社会本身的安排提出一种解释，它主要关心的是人们据以组织其相互交往的规则。第三是现代性问题：当现代社会出现于欧洲的时候，什么特点使它与其他社会形态相互区别，以及这一现代社会的自我意识与它的现实之间是个什么关系，它的表象与它的真实之间是什么关系。这三个问题相互联系着，尽管是以非常模糊和复杂的方式彼此联系着。

8

与古代政治哲学决裂只能以逐渐明晰的方式决定性地构成这些问题中的每一个。无论他们是正在对付解释、社会秩序还

是现代性，经典社会理论家们发现他们正在面对着他们曾经试图通过更具综合性的理论摆脱的困境。正是他们也陷入了同样谜宫的事实，使得这些欧洲的社会思想家们也成为西方知识历史上一种似曾相识的运动的解释人。

关于经典社会理论统一性的这种假设，对该理论的危机提出了一种暂时的看法。解释、秩序和现代性的中心问题在重要的方面仍未解决，而且，未能处理这些问题所产生的困难又与现代社会的变革混合在一起。

但是，事实将会证明，这些尚未回答的问题根本不能由社会理论的创始人所塑造的那些理论加以解释。一个解决解释、秩序和现代性的方案应要求一种对社会理论断言自己独立于希腊——基督教哲学的根本前提的重新定义；区别认识与道德评价及否认一种超历史的人性。要实现自己的纲领，社会理论必须打碎自己。现在，让我们通过逐个地审查社会学传统中的焦点争论而把上述论点贯彻到底。

方法问题

社会理论家探讨方法问题所用的方式以及我们继续应付这一问题的方式在很大程度上是由适用于现代西方思想的、非常有限的基本解释系统的储备所决定的。事实上，人们可以说，所有这些解释都是两种纯粹类型的变种：逻辑分析和因果解释。它们之中的每一种既在说明它像什么的意义上，即描述，又在表明它为什么必须紧随别的事的意义上，即严格意义上的解释，提供一种关于解释某物意味着什么的诠释。（无论何时，当我不加

对比限制地使用"解释"时，我是指它既包括描述，也包括严格意义上的解释。)

逻辑分析和因果关系获得当前的含义都不是突然的事。相反，它们都经历一段长期和曲折的历史：它们出现于特定的时期并且都经历了各种各样的变化。它们所呈现的选择似乎告诉我们有关精神及其发展的某些深层的东西。我将从它们的最简单的抽象形式开始，陈述逻辑分析和因果关系纲要，然后，继续说明社会理论怎样利用它们，以及它在这样做时遇到了什么障碍。

逻辑必然性和因果解释都以必然性、顺序和客观性等属性来描述相互关系。在每种情况下，都是如果 a 那么 b 的陈述。在两种关系中，给定 a，b 必然出现，至少 b 更有可能出现。(或然性在这种意义上是一种稀释了的必然性。)并且，在每种关系中，a 总是以某种方式先于 b，甚至在逻辑必然性中，"如果 a，那么 b"能够转换成"如果 b，那么 a"也并不总是真实的。最后，b 是否逻辑上或因果关系上跟着 a，是关于世界的一个客观事实，或者是通过援引普遍的标准能够加以确定的一个事实，而这些标准如此普遍以致可以引导所有的人承认它们。

逻辑关系不同于因果关系，后者给顺序加上了持续期间，而前者仅只表示顺序。顺序和持续期间的结合被叫做时间。一种因果关系解释总是一种对时间中事件之间关系的解释，一种逻辑分析则涉及时间以外的概念之间的联系。 10

两种解释之间的另一个区别则不得不涉及它们术语的普遍性或特殊性。逻辑关系总是形式的：它代表它聚拢在一起的、作为与内容无关的抽象形式的普遍物。它的生气勃勃的精神就是内容与形式的区别。与它相对照，因果解释总是作为解释特殊事件间关系的一种尝试而开始的。即使它趋向于更高层次的概

括，它的最终的合理性继续是它解释经验中特定事件之间暂时顺序的能力。

逻辑分析和因果关系解释之间的两个区别互为对立面。在因果关系思想所论述的时间世界里，客体和事件具有实体内容，这意味着它们作为单个的实体互不相同，尽管必须依靠理论来确定什么可以算作单个的实体。在逻辑分析所论述的永恒领域中，只能遇到没有个体差别的普遍种类、纲目或概念。有普遍性，但没有特殊性。

11 逻辑分析的真正奥秘在于，以它的纯粹形式，它怎能以及以什么方式适用于现实世界。因果关系的矛盾则与具体因果关系判断的可能性有关。因果关系解释要求将特定的结果归于特定的原因，然而，说明越全面并且因此越精确，所有过去的事就越似乎对现在发生的任何事负责。因果关系链在空间和时间的每一个方向不间断地延伸，这样，在因果认识当中具体化的需要和全面性需要之间就有冲突[8]。

逻辑方法和因果关系方法是社会研究中处理解释问题的两种方式的起点。在某些方面，经典社会理论就是克服这两种思想模式局限性的一种尝试，它的致命弱点之一在于它未能完成这一任务。

第一类社会思想依靠的是逻辑方法，我将称之为理性主义，也许新古典经济学最接近于例证它。理性主义战略从选择几个关于人性的一般前提出发，这种选择不是为了描述精确，而是为了有力地说明他们使之成为可能的结论。通过连续的逻辑演绎和概念的精确化过程，以及在许多方面沿着有关自然和社会的

---

[8] See Bertrand Russell, *A Critical Exposition of the Philosophy of Leibniz* (London, Allen, 1971), pp. 98—99.

某些经验假定的路子的介绍，它从这些基本原理中引申出一串日益发展的结论。理性主义社会科学渴望成为一种陈述的体系，它们之间的相互依赖性由精确性、坚固性和矛盾等准确的逻辑观念支配。

整个的思想体系，除了错综复杂却不得不加以引进的经验假设以外，放弃了假装描述社会生活中实际发生了什么的姿态。它在假设的层面上运动：其结论的描述真实性仅限于其前提成立的范围。通过加强或放松前提的严密性，通过使前提或多或少复杂些并因此使它们或多或少更忠实于我们想认识的社会现实，我们就可以控制解释的简明和描述的逼真之间的平衡⑨。

我们越倾向于前者，我们的推论不能适用于我们真正感兴趣的任何世界的危险就越大；我们越倾向于后者，我们的猜想退 12 化为一系列受到限制和复杂的命题，以致我们只剩下大量的常识印象的危险就越高。是否强调简明或忠于事实，将取决于我们在它们之间进行选择的特定目的。

在对待解释问题上，与理性主义完全对立的思想传统常常以历史主义命名。正如理性主义是启蒙运动的产物一样，与浪漫主义运动相联的那种编史工作是历史主义的一个例证。它将原因和结果的关系而不是逻辑精确联系作为它主导的思想结构，它的纲领是去发现实际发生了什么以及为什么会发生，它既是描述的过程，也是解释的过程⑩。

---

⑨ See Lionel Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (London, Macmillan, 1948), especially pp. 104–135, 151–158.

⑩ See Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, ed. Carl Hinrichs, *Werke*, ed. Hans Herzfeld et al. (Munich, Oldenbourg, 1959); Pietro Rossi, *Lo Storicismo Tedesco Contemporaneo* (Einaudi, 1956); and Carlo Antoni, *Lo Storicismo* (Radio Italiana, 1957).

历史主义者所面临的困境正好是理性主义者面对的困境的对立面，它也是因果关系普遍困境的一种特殊形式。如果他想维持因果关系的清晰界线，使原因和结果以一一对应的关系整齐地相对称，他必须将某些事件从历史"无缝之网"中去掉，因为在这张网中每件事看来都和别的每件事有关。但是，在这样做时，他有意地损害了历史的真象，而这正是他要建立的东西。他的因果关系假设像理性主义者的演绎一样，只有在简化扭曲并因此而失去和历史经验中细节的实际变化的联系的情况下，才能保持完整。当探寻因果关系认识所产生的歪曲被用来作为创立一般社会理论的工具时，它们会导致求助于天意的"决定因素"或求助于经济的、政治的或宗教的"终极原因"。

假设历史主义者拒绝将复杂的历史真象当作单向因果关系

13 祭坛上的牺牲品，像增加其经验假设的理性主义者一样，他可能开始坚持循环因果论的普遍性。如同在普遍的宇宙中一样，发现社会生活中的所有事互为原因后，他想找一种方式将这种观察体现于他对社会的看法之中。哎呀，他的热情只能是自戕。他考虑的原因越多，他就越不能区分原因和结果的具体联系，最后，真正因果关系观念只有在模棱两可中挣扎。

探索适应前述两难困境的尝试，导致历史主义几乎放弃因果关系思考本身。在寻找因果关系的代用品的狂热努力中，历史主义传统中的伟大历史学家们求助于作为模式的有机体的隐喻和艺术品的隐喻，在此基础上塑造对社会统一性和时代统一性的重构[11]。他们主张或假定一种历史条件的不同要素，像有

[11] 韦伯很将艺术形式仅仅当作一种阐释手段。见 Max Weber, *Objektive Möglichkeit und adäquate Verursachung in der historischen Kausalbetrachtung* in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, ed. Johannes Winckelmann (Tübingen, Mohr, 1968), p. 278。

机体或艺术品的组成部分之间的联系一样，相互联系着。这样一系列有机的或审美的相互依赖关系，挫败了简单“机械的”因果关系的责难。但它仍旧是因果关系吗，另外，如果不是，那又是什么呢？

这样，理性主义和历史主义最后都把社会的研究者放到了相似的困境之中。在两种模式下，他都要么陷入看似精确但方向有误的方法，要么采用返归现实但只能逐渐归于空泛的观点。结果，必须在或多或少武断地孤立前提或程序和失去方法的明确性之间进行选择。

从另一方面看，理性主义立场和历史主义立场有第二个使人不安的共同特点。在其纯粹形式中，它们都描述必然性或因果关系的必然联系，因此，除非扩张到混乱的地步，它们都引入了某种决定论并进而歪曲或未考虑社会生活和历史所经历的不确定性。

一旦我们掌握了由霍布斯的理性主义和历史主义的选择所带来的问题，就容易理解经典社会理论所隐含的方法论大纲了。14 该纲要很少以简明和直接的方式表述过，但它澄清和归拢了伟大的社会理论家的著作中以及近代的社会科学实践中许多否则会不清楚和不连贯的东西。

避免落入理性主义方法和历史主义方法的陷阱的出路，在于形成一种方法，抛弃逻辑解释模式和因果关系解释模式所共同的东西，尽管它们有重要差别：即关心顺序和寻求必然性联系。非常需要重新定义说明某事是什么意思，或描述和解释某事意味着什么。

代替那些与从具体环境中抽象出来的因素联系在一起的有序性模式，我们则需要一种描述和解释某种社会状况的不同方面在时间世界中的联系的方式。任务再一次是把我们关于事件

如何及为什么前后相继的认识与承认一种状况中的所有因素彼此相互联系调和起来。另外，人们需要以一种既简洁又准确的方式公正地评价这种相互联系。

同时，我们必须尝试以避开必然性含义的方式来描述要素间的关系。尽管，即使没有所有其他因素，某些要素也会出现，但是，我们还是需要这样一种解释模式，它会说明某一种特定社会状况中的所有要素是如何"联结在一起"的。这样一种相互可能性或相互补充关系的性质还有待阐明，但我们已经能够看到方法问题直接与形而上学的自由意志和决定论的问题相关。只要对某些事的每一个解释说明必须采用给定某些原因或前提、结果或推论所必须出现的论证形式，决定论问题就不难解决。

免除线性顺序的要求和避免决定论的重要性，都还没有穷尽对社会理论中一种满意的方法的要求。解释问题还有第三个方面，理性主义者和历史主义者因为忠于客观性而对此保持沉默。个人相互赋予对方行为的意义也就是给他们的行为鲜明的社会意义或人类意义，无视这种意义就是忽略经验的一个应当给予说明的方面。

人们日常生活中的自我认识和理论家对行为的描述或解释之间的关系，促使我们全面反对完完全全同理性主义方法和历史主义方法的对立所直接产生的难题一样使人烦恼的谜。如果我们无视一个行为对其行为者的意义和对其行为者所属社会的其他成员的意义，我们就冒着看不到在我们想认识的行为中什么具有特别的社会性的危险。但是，如果我们坚持严格固守行为者或其同代人的反思性认识，我们就会失去将真知区别于错觉的标准或贯穿在比较中的超出不同时代和社会的自我印象的标准。因此，必须以某种方式既考虑主观意义，又考虑客观意

义⑫。

经典社会理论统一性的来源之一就是，在许多不同的招牌下进行的持续性努力，目的在于发现一种方法，而它会完成我上面所列举的那些任务。这样一种发现将会突然扩大我们综合社会的能力适用的范围。在这种背景下，根据以前的思想模式所不能满足的要求，人们可以赋予那些塑造一种程序以便把社会的或者历史的状况作为一个整体解释的尝试以重要意义。因此，属于解释范围内的某种环境的一切因素或方面应当以一种将会说明它们彼此之间相互的、非线性的联系的方式相互连结在一起。一一对应的必然联系的陈述将被排除。最后，有关环境内若干因素之间的相互依赖将给予描述，以便解释被研究的人如何认识他们的环境。然而，这种方法不应局限于参加者自己的反思性认识之中。 16

追求这样一种方法是一系列虽不同但相互重叠的概念的共同基础，它们一直控制着社会理论的方法论理论和实践。在它们当中有"辩证法"、"理想模式"和"结构"。它们每一个都有独特的含义并与典型的知识传统相联。当然，鉴于我眼下的目的，它们共有的属性是首要的。马克思所发展的辩证法方法，韦伯所使用的理想模式和当代的"结构主义"都是自封的避开理性主义和历史主义不幸窘境的出口。

被辩证法、理想模式和结构结合在一起的因素构成了一个整体。若不粗暴地破坏自发的和循环的相互联系，它们就不能

⑫ 主观性和客观性困境在社会理论特定领域怎样出现的例证，见 Max Gluckman, *Concepts in the Comparative Study of Tribal Law in Law in Culture and Society*, ed. Laura Nader (Chicago, Aldine, 1969), pp. 349—373；以及 Paul Bohannan, *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology in Law in Culture and Society*, pp. 401—418。

从 a 先于 b,b 先于 c 这样的线性发展系列中被捡选出来。

辩证法的、理想模式的或结构整体中的各个部分构成一种统一,但不是每一因素使所有其他因素成为必要或所有其他因素使每一因素成为必要的那种统一。那么,它们凭借什么结合在一起呢?这个问题把我们带到了我正提请注意的方法科目的第三个特征。整体内各部分的统一是一种意义的统一:各部分合在一起,构成一个更一般的关于个人、社会或自然的原则或概念。但到底什么是语义统一呢?

有时,人们把统一性的概念赋予被观察的人。因此,例如,韦伯放置在他的理想模式的新教伦理中的倾向和信念使得信奉这种伦理的人们所具有的个人在社会中的位置的观点具体化了[13]。有时,构成各个部分统一的共同概念是理论家所主张的,而不是其信仰和行为正在被研究的人们所承认的。例如,根据某一种版本的马克思的辩证法,资本主义的意识形态、政治和经济,以一种其真实的性质可能不为资本主义社会的大多数成员,包括资本家阶级本身所知晓的方式,相互联系着[14]。这些语义统一标准的缺陷在于它们或者使得构筑一种全面的社会理论成为不可能,或者它们牺牲了认识的社会意义及它与行为人主观性的联系。

因此,第三种理论试图把对于意义问题的主观方法和客观方法统一起来,并且纠正它们各自的缺陷。统一的概念被归属于被观察者"无意识的"的普遍倾向和模式之中。因此,就像在

---

[13] 但有关条件,见 Alexander von Schelting, *Max Webers Wissenschaftslehre* (Tubingen, Mohr, 1934), pp. 329—335; and Dieter Henrich, *Die Einheit der Wissenschaftslehre Max Webers* (Tübingen, Mohr, 1952), pp. 83—103。

[14] See Karl Marx, *Das Kapital*, ed. H. J. Lieber and B. Kautsky (Stuttgart, Cotta, 1962), Vol. I, pp. 47—48.

辩证方法中那样，人们需要一个基础以便得出跨越社会和历史阶段的判断和比较。然而，通过假定连接整体之中各个部分的原则内在于我们正在试图理解的人们的头脑中，我们对于意义是主观的这个观念也可以同意，但是，那只是在切断主观性观念和意识之间的联系条件下才同意的。这是依赖于头脑中的无意识"结构"这一观念的各式各样的当代社会科学所采纳的路径。(例如，乔姆斯基的语言学，列维-斯特劳斯的人类学，以及格式塔心理学。)[15]

辩证方法、理想模式方法和结构方法之间的区别在人们如何认识自己的方式上变得非常重要。根据这种方式，人们界定关于人的理论能够告诉我们什么以及人们如何在日常生活中相互认识之间的关系，界定理论解释和反思性认识之间的关系。当我们将这些方法当作对理性主义和历史主义的冲突的一系列相似的反应加以考虑时，这些区分在很大程度上便失去其重要性。从这个角度考虑，所有的方法都因相似的难以弥补的缺陷而备受折磨。 18

这些缺陷对于社会研究中的某些重大的未解决的方法问题负有责任。一个难点与因果关系解释和辩证法的、理想模式的或结构的解释之间是什么关系有关，一个更为根本的障碍则是，致力于确定逻辑解释和因果关系的替代物的努力具有致命的不准确。

每一种形式的社会思想都必须尽量满足如下的需要，即描述和解释历史上前后相继的某些事件是如何发生，以及为什么

---

[15] See Noam Chomsky, *Language and Mind* (New York, Harcourt, 1972), pp. 62—63; Claude Levi-Strauss, *Anthropologie Structurale* (Paris, Plon, 1958), pp. 308—310; and Kurt Koffka, *Principles of Gestalt Psychology* (New York, Harcourt, 1935), p. 175.

发生。不过，当一个人强调社会现象之间的非连续性的相互联系时，理解历史连续性的基础也就不存在了。然而，要解释历史，我们似乎总是被迫返回到我们一直努力避免的因果关系判断上来。因此，我们最后面临着两种方法，一种是因果关系，另一种则不是，而它们之间的关系还没有确定。

在马克思的辩证法中，这个问题作为一种模糊性而出现在那个根本的辩证关系的观念之中。有时，这一观念用来描述一种因果关系，尽管被冲淡成循环因果关系。但是，它常常变成一种对前述有序的整体进行非因果关系说明的方法。因此，辩证法存在于两个世界中：一个是因果论和决定论的；另一个是结构的和反决定论的。

一种更为公开对方法的复制出现在使用理想模式和结构方法的思想家们的著作中，而不是运用辩证方法的论著。因此，对韦伯来说，理想模式是一套方法体系当中的一个部分，而这套方法体系也使得因果解释有用武之地。对像列维-斯特劳斯这样的结构主义者来说，对历史发展的因果判断（历时）虽然独立于结构分析（共时）但是又与之并肩而立。

19

回顾一下，我们现在可以掌握基本的方法论统一性和社会理论的局限性。社会理论寻求找到逻辑解释和因果关系解释的替代品，为了这一目的，在解释行为的过程中，它有时加上协调行为者的立场和观察者的立场的目的——调和主观意义和客观意义的目的。这两个目标相互联系，因为如果求助于意义的统一是跳出逻辑和因果关系陷阱的出路，人们不得不建立一个可以借此评价语义统一的制高点。还没有任何一种客观的标准或主观的标准，就其自身而言，能够充分满足社会研究的上述目的。

这样，对于经典社会理论传统来讲，主要有三个方法论局限

性。第一，还没有给非因果关系方法、非逻辑方法以精确和详细的定义。第二，部分因为这个原因，这样的第三种说明和因果关系的关系仍不清楚。第三，它必须表明主观性要求和客观性要求怎样在认识人类行为中都能受到尊重。

对于这些，还可以加上第四个方法论问题，与其说它是社会理论的一个特殊缺陷，不如说它是贯穿整个西方理性论证传统中的一个困难。与其他三个问题相比，它既更具体又更抽象，尽管它与它们有联系。社会研究中这一难题的典型表现是编史工作和一种系统的社会理论的关系。像古代政治哲学家一样，经典社会理论家想构筑一种对社会生活的普遍认识。但是，由于他们拥护描述性认识和一种人性的历史概念，他们希望他们的思想能够说明具体的情况。怎么可能设计一种方法上具一般性而在历史细节上又具有丰富性的社会理论呢？ 20

社会理论长期不能以满意的方式回答这个问题，导致现代的社会科学分化为两种对立的方向。一方面是几乎没有历史内容的形式研究，它们倾向于蜕化成对认识过去和现在的经验很少能有贡献的分类方案。另一方面是以编史工作的风格，继续经典作家研究过的广泛的问题的各个方面的研究，但由于它们较窄的范围，这种努力经常看不到社会研究史基本的关注所在，结果，这些人种调查和历史调查虽然可以提供大量地日益增加的资料，但是，信息的巨大增长并不是一种过程，借此，我们可以把实际知识总量的增加转化为对我们现有认识方法的改进，或者转化为对我们关于社会秩序的一般观念的改进。结果，综合历史知识与系统社会理论的壮举，在很大程度上，被人们抛弃了。

要理解这种努力为什么经常很难奏效，必须懂得这种努力所面临的基本形而上学障碍。要对特定事件或一组特定行为的

连续性构筑哪怕是最温和的一般思想，社会的研究者必须阐明两种联系。他必须对事件或行为联结到一起的方式形成一种看法，并且，他必须以遵守某些一致性标准的方式安排理论命题。人们可能会说，事件按因果律排列，而观念则根据逻辑安排；前 21 者属于时间的现象世界，而后者在一种意义上却不是。（当然，应该记住，亚里士多德逻辑可能仅仅只是许多可能的概念一致性的形式之一。）

每当理论家考虑给他的体系引进一条新的命题时，他必须解决它怎样与他对事件已有的知识相适应，以及它与他理论体系中其他的主张是怎样的逻辑关系，协调或矛盾，一致或不一致。但是，没有一条预先的理由去相信因果关系精确性的要求能够和概念的一致性的要求相协调，而不论后者怎样定义。对于特定历史事件正确的命题在根据学者所采用的理论解释规则推导理论结论时，可能会得出错误的启示。因此，理论家可能被迫在限制其理论的普遍性和牺牲其理论的准确性之间进行选择。

自然科学在其发展的关键时期可能也会面临同样的难题，因此，人们一直讲，适宜于描述自然的不同部分（例如原子微粒和生物遗传）的若干种数学语言，最终可能是不相容的[19]。当然，正如我们将看到的，在社会科学中问题要严重得多。

一般性和准确性之间不断的冲突，是"社会科学家"和历史学家的一个持久的、全神贯注的首要问题，其根源在于对特定事物的具体认识和对普遍性的抽象知识之间的对立。要条理化事

---

⑲ See Eugene Wigner, "The Unreasonable Effectiveness of Mathematics in the Natural Sciences," *Communications on Pure and Applied Mathematics* (1960), vol. Ⅻ, pp. 11—14.

物在其中分别存在的现象世界，就是从特定的现象中抽绎出一般性的推论，而它的特殊性则可以为了某一目的而不予考虑。理论的普遍化通过碾平特殊性而不断前进。

但是，这给社会研究提出了一个特别问题。一旦我们承认：人们关于他们自己作为的认识，不管如何，必须成为他们对自己社会实践的特殊的社会认识的一个组成部分，我们就不再能够自由地抛弃他们在事件、情况或者行为人之间所做的那些划分了。

22

对社会生活有可能形成一种统一的、自然的解释，它把全部历史还原为几条规律性的说明。不过，论证我所说的社会认识的努力仍然会热情不减地维持下去。任何对社会的这类态度都会为了自己而把已经认识到的历史现象的特殊性看得非常重要。而且，它会不得不承认，在一个社会、一个人或一个事件中最使我们感兴趣的特点常常就是那些使它与其它同类现象相区别的东西。编史工作和系统理论的冲突只是知识领域中更大的普遍性和特殊性问题的一个方面，而且，只要理性论证继续意味着一种从事物的特殊性中抽象出来的思考，上述冲突就不能得到克服。

在社会理论的著述中，解决这一冲突的最持久的尝试可能是韦伯关于理想一类型方法的理论和实践。类型是一个用来解释一种独特历史状况的概念系统，正如一件表现派艺术的作品提供了对一种独特现象的图像一样。然而，类型也用来说明某些种类的行为和信念，怎样倾向于与其他种类的行为和信仰走到一起。它因此允许提高我们对社会的一般认识水平。用同样的方式，伟大的艺术作品可以改变一个人对世界的全部看法。

然而，人们仍然需要确定抽象和具体的层次，在这种层次上，组成类型的各种因素得以被人们描述并明确它们彼此的关

系。这样做的需要威胁说要恢复模式方法似乎提供了出路的那种普遍性与特殊性、历史与系统理论的困境。而且模式问题的 23 解决预先假定了一种回答，这种回答也适用于社会理论的其他基本的方法论问题。如果类型的组成部分之间的联系既不是逻辑关系，也不是因果关系，它是什么性质？它与因果关系解释是什么关系？其构成部分的统一是根据观察者的信念还是根据他观察的人的信念来确定？

社会秩序问题

社会秩序问题产生于人们能够经历的社会存在本身的深层困惑，正如方法问题来源于想知道怎样研究社会生活的困惑一样。我们能够在变化的交往形式下面辨别出对社会契约来说是基本的东西吗？这是在我们涉及社会中的协调和冲突的更具体的原因问题以前所遇到的一个难题。

不要把问题误解为哲学家的消遣。我们的文化理论和社会组织理论建立在我们对人的行为和人际关系的看法之上。经典社会理论通过拒斥超历史的人性理论，放弃了先于和独立于对社会关系的说明，便想达到对行为的认识的尝试。但它并没有因此而摆脱作出如下假设的必要，即社会关系中的什么因素使得有组织的群体生活有了可能。

首先，作为指导，这些假设对于经验研究是必不可少的。而且，社会经验素材是这样的丰富和模糊，以至于仅仅依靠经验的观察就可以在相互竞争的社会秩序理论中发现某种理论具有毫 24 无疑义的真理性，似乎在可以预见的将来都是不可能的。最后，

这里讨论的每一种社会秩序理论都或多或少具有某些从来也不能与理论完全分离的隐蔽的道德成分。在每一种情况下,社会是什么和它应该是什么的信念之间有一种牢固的相互联系,事实材料的数量并不足以证明一种社会秩序普遍概念的正确性。

经典社会理论讨论社会秩序的舞台是由两种思想传统之间的斗争所建立的。一种传统可以称为工具主义理论或个人利益理论,另一种传统则是合法性理论或共识理论。大多数经典社会理论家,从非常不同的背景和着眼点出发,正如他们在处理方法问题时拒斥了理性主义和历史主义一样,渐渐认为这两种思想模式都是不充分的。

我的第一个任务将是界定社会理论所反对的两种社会秩序观点,并指出它们各自的缺陷。接着,我将指出通过综合这两种传统而尝试克服它们各自缺陷的思路。我最后的目的将是再一次指出拟议中的调和如何在某些重要方面失败,以及这种失败如何有助于确定社会思想目前的责任。

个人利益理论是社会秩序的一个基础的概念,它经常等同于功利主义和古典政治经济学[17],但它也是其他许多思想传统的一个重要组成部分。它的特点由以下两个因素构成。一个是它依附于某种社会联系概念,另一个是它也依赖于关于规则本质的特殊的认识,这些规则正是有组织的群体生活的基础。

这种私人(个人)利益理论认为,人们受到自我利益的支配,因此人们的指导原则就是判断什么才是实现他们的私人确定的目标的最有效的方式。只要选择的最终基础是个人的意志,即使一个人的希望是他人得其所愿,这种私人利益观念可以扩大 25

[17] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart (London, Athlone, 1970), pp.11—12.

化以便包括一种对他人利益的利他主义的关心。可以把这种理论与另一种思想模式比较一下，后者认为自我的善或者他人的善完全独立于个人的自私愿望和利他愿望。根据私人利益理论，每一个个人的目的都相对独立于他人的目的；即使它们可能或多或少地受到他人个人目的的影响，每一个个人的目的可以作为与众不同的东西而得到有意义的对待。这种理论把个人行为的直接决定因素放在个人身上，而不是个人所隶属的群体之中。

主张个人目的的优先性与致力于将手段——目的判断当作思想和行为中的支配纲要之间没有逻辑联系。人们可以设想服务于集体价值的一种工具主义。但是，有两个原因可以相信个人利益思想和工具主义的紧密联系有一个理性的基础，尽管还远远不能证明有一种必然的相互依存。

第一个原因是，集体利益的范围越广，内容越详细，它们决定个人将如何行动的权威越大，留给个人的效益判断的任务就越少。根据他对适用于自己目的的最有效的手段的认识，他可以更容易地重新安排自己的目的，而不是影响他所置身其中的群体的共同目的。

第二个原因是，作为工具主义表现的控制自然的观念也可以使人联想到控制其他人的观念。自然和他人都构成相对于个体的外部世界。而且，工具主义经常被视为纯粹操作性的智力领域，因此，更容易设想一种集团道德意识，而不是集体的智力。

个人利益理论承认不同个体的目的会发生冲突，这或者是因为希望的事不同，例如，对政府权力应该服务的目的的争论，或者是因为希望的同一种东西不充分，例如，对于短缺资源的冲突，第一类对抗通常通过民主程序解决，第二类则通过市场。

政治思考和经济交换都有赖于公布和实施规则或法律。没

有规则,永远也得不到社会生活中协作的利益,除非可能是作为个人或集团独裁的结果,否则,社会秩序的存在将永远是费解的神秘现象。个人利益理论对于这种规则体系必须是什么样子赋予了某些含义,这些含义合在一起指出了一种可以被描述为是工具主义的规则观念。

个人往往把工具性的规则视为自己在计算效益时应该考虑的另一个因素[13]。这意味着,只有在服从而不是抵抗规则更有利于促进他的目标这个范围内,他才服从规则。因而,制裁成为规则中的关键部分。对制裁的恐惧导致个人在思考实现个人目的的最有效方式时,把社会秩序的要求内在化了。

就工具规则是根据从长远来看符合每个人的自我利益的程序制定的而言,即使在特定条件下它们侵犯了那种自我利益,它们要求的遵守需要也并不仅仅建立在它们所施加的恐怖之上。 27
构成许多现代政治哲学特点的这种希望,引入了一个我将不在此加以探讨的全新的复杂世界。相反,我将继续直接论述个人利益理论的弱点,那种导致它被社会理论合理地抛弃的弱点,尽管它还没有被经济学中的主导传统所抛弃。

反对工具主义逻辑的第一个也是最根本的理由,在于它未能说明人的行为怎样能够具有超越时间的足够连续性和个人之间足够的相似性,从而使得有组织的社会或社会科学成为可能。在个人为实现个人目标而选择手段的过程中探寻人类行为的核心,也就是假定行为的目的在某种意义上是个人的。这些目的越是成为自然环境或社会环境的直接反映,我们就越没有理由

[13] See John Rawls, "Two Concepts of Rules," *The Philosophical Review* (1956), vol. LXIV, pp.18—29; and Georg von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry* (London, Routledge, 1963), pp.9—11.

根据手段和目的而不是原因和结果认识人的行为。个人环境的特点越多地包括在要达到的目的或要避免的目的的范畴之内，该环境中能够仅仅作为手段问题考虑的方面就愈少。但是，当我们根据自然环境和社会环境而强调每个人目的的偶然性和不同个体目标的多样性时，我们看来也破坏了什么将人们联系到一起的认识基础：什么使他们能相互交流，使他们至少能同意规则制定的程序。因此，工具主义理论正好在我们对社会秩序的困惑变得最突出的地方崩溃了。

反对个人利益理论的第二个理由，在于它会对人们对于规则在社会中的地位的看法产生矛盾的暗示。这些暗示表明它们所起源的前提以隐蔽的支离破碎为代价获得一种似乎有理的外貌。我们已经看到这样的社会秩序观点怎样产生工具性的规则图画。但是，同时也需要非工具主义的规则论来堵上工具主义规则论在描述性解释人类合作问题上的漏洞。理由如下：

只要遵守法律仅仅是因为对惩罚的担心超过获利的希望，那么，就总是会有这样的风险，即获利的希望可能会超出所担心的损失。无论这种认识有什么弊病，作为一种关于社会应该如何的信念之基础，似乎没有人怀疑，作为一种描述，即描述人们事实上如何认识加在他们身上的相互关系准则，它是不充分的。通常，即使是有关个人利益的同样仔细的考虑建议人们违背规则，人们还是珍视并服从支配他们相互交往的规则体系。

而且，工具判断的推行预先假定了一种关于合法手段范围的概念。除非对于手段的选择有非工具性的限制，否则，任何东西都可以在原则上被当作任何目的的手段。这样，就不可能提供明确界定的个人权利和群体权利，因此，也就不可能存在稳定的社会秩序。

最后，个性的表现和发展看来要求人生活在命令他们效忠

的规则或程序之下，因为公正和善既不能简化为个人意愿又不能还原成关于目的和方法的算计。不论人们是否喜欢其结果，某些事必须做而其他事必须避免，可能是道德推理的一个根深蒂固的特征。如果最终的结果需要对标准加以限制，这可能是因为它们突出了标准最初形成时的不足。没有对工具判断范围 29 的这种限制，个人不可能相互作为道德的人——作为能够区分想做什么和应该做什么的存在——对待。只有通过问后一个问题，人们才能推翻盲目意愿的独裁并建立一种不受个人利益摆布的社会秩序。

关于工具主义理论对于规则理论的矛盾暗示，其主要争论命题可以以下述方式加以概括。人们越依赖于把个人界定的个人利益作为解释行为的关键，就越需要根据应该被遵守，而事实上也趋向于受到遵守的、独立于个人目的与手段考虑之外的非工具性规则的存在，来说明社会秩序的可能性。但是，该理论同时似乎暗示所有的规则都是工具的，它没有提供将社会生活的某些方面从效率评价的范围内免除出来的基础。

反对该理论的第三个理由明显是道德的或政治的。尽管个人利益理论考虑到了利他主义，但是，体现在个人利益理论中的社会生活概念并未给协作的价值留出余地。不论这些价值对个人意愿或个人意愿的某些结合有什么作用，它们毕竟代表着可以归入实践、制度和群体生活的真正现实的价值。

既然我们已经追溯了工具主义观点的梗概和反对它的大致理由，我们可以继续探讨关于人的行为和社会的第二种主要观点，经典社会理论不得不与之妥协的合法性理论和共识理论。在其中，人们可以再一次区分对人的行为的一般态度和对规则的特定看法。它的某些更极端的例证可以见于构成浪漫主义运 30 动特点的对社会的有机体解释。随着我的讨论的逐步深入，它

与哲学中理想主义传统的联系将会变得显而易见。

如果说个人利益理论从个人和他的目的出发，合法性理论则从社会或集团和其共有的价值和认识出发[19]。在下列这些方面，即共识的范围，抽象性或具体性的相对程度，坚持它们的强度和它们的一致性等方面，这些认识和信念可能不相同。不过尽管有范围、具体化、强度和一致性的差别，但共同坚持的道德和认识论倾向的出现总会使有组织的社会生活成为可能。共同的信念允许人们相互理解并知道应当相互期待什么。因此，人的行为的基本规划是内化共同的认识和价值，而不是选择有效的手段去实现个人界定的目的。

注意，对行为的这种说明在两个重要的方面不同于与之对立的社会思想传统的看法。第一，它反对目的个别化的假设。共同的价值不但在时间上和权威上先于个人目的，而且把它们作为个人目的结合的结果也不能充分地理解它们。关于行为性质的两种理论之间的第二个主要区别，在于合法性逻辑对于手段—目的两分法的重要性颇为轻视并加以破坏。集团共有的准则和观念可以以积极的价值和消极的价值影响个人存在的每一个方面；没有什么可以不附加道德力量而简单地当作一种手段来对待。因此，手段和目的的根本区分坍塌了。

对社会和行为的这种看法对于我们有关规则的观念产生了影响深远的结果。在这种背景下，规则成为集团共有价值的表

⑲ 在经典社会理论家中，迪尔凯姆与其说是结合工具主义理论和合法性理论的倡导者，还不如说是后一种看法的捍卫者。见 Emile Durkheim, *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse*, *Le systéme totémiqueen Australie* (Paris, Presses Universitaires, 1968), pp. 603—605。

现[20]，它们起着虽然不可缺少但毕竟是附属的作用：澄清这些集体目标的含义和它们的界限，反复强调它们以对付可能出现的侵犯。但共识的范围、具体化、强度和一致性越广，规则就变得越无必要。在共识的缝隙中存在，是它们的本质。

因此，人们遵守法律的主要原因在于，集体的成员在信念上接受了这些法律，并且能够在行为体现这些法律所表达的价值观念。一个人对规则的忠诚来自于这些规则有能力表达他参与其中的共同目标，而不是来自于担心规则的实施所伴随的伤害威胁。如此说来，问题的焦点已经从制裁转向了规则所规定的行为标准了。

现在，让我们探讨对合法性理论和对与之相伴的规则概念能够提出的反对意见。这些批评是那些对工具主义理论的批评的对应物，因为这两种社会观点正好相反并相互补充。

共识理论的第一个也是根本的缺陷在于它固有的既解释得太多又太少的倾向。它解释了观点和理想协调的可能性，但未解释冲突的存在。在这种思想框架内，冲突只能是某种正在消失的东西的记号。它一定代表着对社会秩序所赖以建立的一致的背离，代表着因为对社会共有价值和认识的范围、具体化、强度或一致性的某些限制所导致的失败。

但我们为什么应该假设冲突比和谐更少反映社会秩序的内在本质？而且，除非我们能够确定冲突破坏和改变共识的条件，否则求助于共有信念和观念的理论，我们能得到什么呢？不回答这些问题，合法性理论仅仅只是用一个秘密代替另一个秘密。 32

[20] See Emile Durkheim, *Le Suicide. Étude de Sociolgie* (Paris, Presses Universitaires, 1967), p. 279. But see Emile Durkheim, *Sociologie et Philosophie* (Paris, Presses Universitaires, 1967), pp. 82—85.

当人们转而研究共识理论对认识规则的含义时，上述对这种理论的怀疑更突出了。把个人联结在一起的一致性愈牢固，它决定人们行为的作用愈强，留给规则发挥作用的余地就愈小。那时，所有规则能够做的就是，在集团的共有价值缺乏具体性或连贯性的地方澄清适当的行为标准，以及当这些价值在广泛性和强度上有缺陷时保证它们的实施。

但是，矛盾依然存在。据说，规则是共同价值的主要表现，然而，正是在坚持这些价值时出现的裂缝、弱点和不准确之处使得规则才成为不可缺少的东西。法律是冲突的创造物，也是冲突的解毒药，这正是合法性理论留下的未作解释的社会生活的重要方面。因此，共识理论所导致的规则的矛盾，正是这种理论没有能力正确对待共识在社会中的不稳定性，以及没有能力解释潜在的分歧怎样能够突然演变为公开的对抗和斗争的一个更加具体的表现。

我们现在可以理解第三个批评，因为它只是从描述基调转为规范基调过程中前两条批评的互换而已。它批评合法性理论对集体主义有一种根深蒂固的癖好，这种癖好已经嵌入理论本身的描述看法之中。通过强调理解社会关系优先于分析个人行为和集团的共有价值压倒一切的重要性，该理论似乎破坏了认真对待人的独立性的基础并反对个人自治的主张，以赞同集体团结的主张。而且，通过提出评价行为最终要而且必须要建立在共识之上，它似乎准备将偶然盛行于一个特定集合体的不论什么标准都奉为神明。非常奇怪，结果是去重复以前在工具主义理论中已经发现了的缺陷：伦理观念的否定，这种否定在于把人们想要做的事情当作他们应该做的事情。

但是，必须记住，从理论的真实前提中并不必然可以得出集体主义结论或保守结论。即使得出了，道德批评仍是假设；其适

当性依赖于赞同承认人的独立性和道德推理的价值的那些论据的力量。讨论这些问题将再一次引导我们直接进入形而上学和伦理领域，我眼下不打算进一步地研究它们。

让我们现在小结一下。我已经粗略地描述了经典社会理论家们在着手创建一种社会科学时所适用的两种关于社会、行为和规则理论的主要特点。这种讨论表明这两种观点具有虽然相反，但同样严重的缺陷。如果不是考虑到综合或者超越这两种观点的任务依然存在，人们可以根据它们的外表而将其一丢了事。

从其早期阶段开始，"科学地"研究社会便反对以功利主义和功利经济学为代表的个人利益理论和表现在理想主义，有机体论或浪漫集体主义中的共识理论。它打算将这些思想传统所提供的部分真知灼见归到一起并加以改正和深化，但是，在完成这个计划的过程中，它并不比与之相关的跳出理性主义和历史主义困境的有关努力更成功。

把两种有关社会秩序的思想模式的所谓联合还原为最简单的因素可能会有作用，我将概述并批评的特定解决办法远非所有经典社会理论家所共有，但它在从韦伯到帕森斯的传统中起了主要的作用[20]。 34

它的第一个步骤是假定共有价值的存在和内化对于一种社会秩序的可能性确实非常重要；这些是对合法性理论的让步。但对这种让步，它立即加上共有价值经常或多或少在它们的范围、具体化、强度和一致性方面受到限制的认识。普遍拥有的认识和理论所暗含的行为标准必须充分具体和连贯以便指导人们

---

⑳ See Talcott Parsons, *The Structure of Social Action*, Vol. Ⅱ, pp. 698—719.

的交往，因此需要一套明确的法律或规则。而且，当基本价值的范围界限或遵守这些目的命令的强度界限被超出——并发生越轨行为时，法律必须以能保证自身效率的强力威胁力量为后盾。

如果存在一种所有人在同等程度上共享的完全统一的、并毫无争议地确定行为的是非的完全一体化的共同价值体系，则一套公式化的强制性的规则大概就是不必要的了。但是，如果认识论的和道德共识的基础不存在，那么，除非是在一个独裁政体之下，否则，制定和适用规则都是不可能的。即使在独裁政体下，独裁者的命令也可能会是无效的。因此，据说，共识理论对社会秩序问题提出了虽然不完全，但却是一种重要的真知灼见。

不论可以强制实行的法律和共识是什么关系，占支配地位的价值观念和公共规则只确立可以允许的行为的外部界限，在35它们所划定的范围内，还有个人确定目的和进行工具判断的余地。这样，在我正描绘的综合性看法中，工具主义理论重新出现，描述在社会共识力量不起作用的地方所出现的行为模式和选择模式。

只要对共识有这样的限制，个人确定行为的目的的需要就无法避开。而且，在群体价值或个人标准影响不到的个人存在的方面，还会受手段和目的计算的支配，人们会把这些方面仅仅看作是实现个人目标的手段或障碍。

我尝试描述的调和的一个必然结果是承认工具规则的重要性，即概括了效率判断规则的重要性。但是，同时，这种观点证实某些超越严格工具意义的行为规则的存在，因为这些规则被认为是并且被当作是群体价值的体现。

但是，如果更仔细地观察，人们可能开始怀疑理想中的融合是否能真正贯彻到类似这种基础的任何事上。社会秩序的两种概念似乎是以矛盾的方式相互并列，而不是融合为一幅能够抛

弃彼此区别的紧凑的图画。而且，这种方式未能解释集团价值的内化和手段与目的的计算对于不同形式的社会生活的相对重要性。我们应否认为综合看法会平等地适用于每一种社会？或者我们应该相信，共识的程度和特点，以及留给效率判断的自由行为领域都依赖于认识和组织每一种社会形式的特殊方式？如果后一种、更为合理的观点被接受的话，人们就必须理解每一种社会秩序理论可以适用的特殊的历史条件。然而，这样的理解可能会要求我们现在还没有的理论。因此，经典理论家的综合似乎是既不和谐一致而最后又不完全。 36

手段与目的计算或成本与收益计算所描绘的意识状态与共享价值合法性中的默许所暗示的状态尖锐对立。在任何既定的社会环境中，只有当这两种意识适用于明确区分的社会领域时，他们才会融合在一起。然而，事实上，在一种条件下是手段的东西在另一种条件下就会变成目的。同一个问题，从一个角度看可能是不受限制的个人选择，在另一个角度看就可能是，在我们隶属的群体生活中，如何解释我们与他人共享的价值。

前面所描述的工具主义与合法性理论的这种协调导致了一种混乱。它模糊了使这两种理论所涉及精神倾向和现状可以转换的机制。当韦伯指出“工具理性”和“价值理性”㉒的区别时，或者当帕雷托强调“余数”与“导数”㉓的对立时，他们所做的就是我一直在讲的那种调和。但是，也许同样清楚的是，当我们所需要的是理论的时候，他们却给了我们一种分类。

由于关于规则的工具性认识与非工具性认识的矛盾含义，

㉒ See Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. Johannes Winckelmann (Tübingen: Mohr, 1972), pp. 12—13.

㉓ See Vilfredo Pareto, *Trattato di Sociologia Generale* (Milan, Communità, 1964), vol. Ⅱ, pp. 237—540.

这两种有关行为与秩序的解释之间的对立被公开化了[49]。工具性规则告诉你，如果你想做某事，你应该如何去做。这样一种规则在下列两种意义上总是假设性的。第一，它仅仅适用于这样的条件，在其中，一个人选择同意某种行为目的，可是这种目的并没有规定在指出最佳实现方式的规范中间。第二，即使同意了某一根本目的也总会有这样的机会，即在特定情况下，人们也许会发现比规则允许的方式更有效的手段。

符合合法性理论要求的规则在这两种意义上都不能是工具性的。它们要求其信奉者忠于规则所表达的价值，并且，尽管适用它们可能有必要探究其基本目的，但是，无论何时，当规则适用者发现了实现价值的更好方式时，规则都不能被简单地抛弃了事。

对社会秩序两种概念的经典综合包括了对规则的工具性和非工具性认识。但它未能说明两种认识怎样能够达到协调，也未能界定作为描述或理念，这两种认识当中一个比另一个更为适宜的社会条件。

人们承认有必要超越包含在私人利益理论和共识理论中的部分真理。这种认识在19世纪末和20世纪初的伟大社会理论家之间建立了一种一致，这种一致就像他们共同发现的逃避理性主义和历史主义的重要性一样强烈。

---

[49] 见我的著作 *Knowledge and Politics* (New York, Free Press, 1975), pp. 88—103。

现代性的问题

困扰经典社会理论家的第三个问题是现代性的问题：什么将他们自己的社会，现代欧洲的民族国家，与所有其他社会相区别？什么标记着现代性的经历？什么是它在世界历史中的位置？表现在它的统治阶层的文化中的现代社会的自我意识与那个社会的真实性质之间是什么关系？目前我对现代性问题的讨论只是非常简要的，以后会有更好的机会对它进行更详尽的探讨。

对于所有经典社会理论家来说，想要陈述对人和社会的全面观点的试图与想要了解他们时代的现状与前景的兴趣是分不开的。在这儿，他们只是简单地重复着一个永恒的古训，即所有深刻的思想都始于并终于企图把握最直接打动人心的事物。 38

所关心的问题的一致性与方法的极端不同可以共存。有人把生产结构作为现代社会特性的基础加以强调，又有人注意反复出现的社会关系的特点和社会分工的形式，还有人更重视文艺复兴后欧洲历史进程中出现的新的世界观。的确，"现代主义"概念本身作为一种很有意义的理论范畴或许会遭到许多经典理论家的摒弃，正如它一直受到了许多后来者的攻击一样[25]。

然而塑造一种现代性概念的问题依然顽强存在。由于现代社会中意识形态与现实之间的关系，这个问题具有特殊的敏感

---

[25] See Reinhard Bendix, *Tradition and Modernity Reconsidered in Embattled Reason. Essays on Social Knowledge* (New York, Oxford, 1970), pp.250—314.

性。经典社会理论家对这种关系的态度通过他们反对如下这样一种思想传统而表现出来，这是一种自17世纪中叶以来就产生的、反对政治哲学中亚里士多德传统的思潮，即社会契约论。

从霍布斯到卢梭和康德的社会契约理论家已抛弃了关于价值的客观性的信仰。传统的有关自然与道德秩序的连续性的观点已被摒弃，取而代之的或者是由道德世界到自然世界的还原，或者是两个领域截然分开的观点。然而，同时，社会契约理论家依然依赖于关于超历史人性的假定[26]。这种介于古代政治哲学与现代社会理论之间的古怪立场受到功利主义的喝彩，并为英国和奥地利的政治经济学奉若神明。直到今天，这种政治经济学还在世界大多数地区被认为是经济科学。

社会契约理论的支持者把社会看作是一种个人的联合，他们既有利益的冲突，也能够因可实行的强制规则和经济交换而聚集在一起。这种理论预示了一种主导的意识形态。这也正是我们及我们之前的经典社会理论家所感兴趣的首要问题。通过它的统治集团及其知识分子的眼睛，现代社会把自己看作是一种高度个人主义的文明形态，其中，秩序与自由受着法律的保障。然而，这种相互依存的关系再不会比在现代欧洲它们形成初期更紧密，在社会生活的形成中法律的作用微乎其微。究竟是什么构成了现代生活中这种假象与现实的冲突呢？

一种观点是把这种字面上的意识形态作为对社会是什么样子及社会能够是什么样子的一种描绘。这是自由主义国家的公法学家一直在做的事情。但是，另一种反应是彻底地拒绝意识形态，把它视为仅仅是掩盖现实真相。这种拙劣的马克思的解

---

[26] See J. W. Gough, *The Social Contract. A Critical Study of its Development* (Oxford. Oxford, 1967), especially pp. 105—125.

释者所建议的道路。

然而，就绝大部分而言，经典社会理论家想要绕开这两种立场。他们想记录下现代社会中意识与存在的对话，并且因此而揭示这个社会如何就是在隐蔽自己的过程中表现自己的。

显而易见，这一计划是怎样与方法问题和社会秩序问题密切相关，同时又将两者密切联系在一起的。要将现时代中的表象与实际相联系就必须能够调和主观与客观的含义，这不是严格逻辑方法或因果方法所能做到的。同时还必须成功地综合个 40 人利益理论与共识理论，前者主要属于官方理论，后者主要是以一种理想的形式描绘附属于集团统治、等级制或习惯的社会经验。这种经验与它所不可思议地培植出的意识形态形成冲突。

因此，在社会理论家无法解决方法与秩序的问题的范围内，他们要解决现代性问题的努力就注定不能完全成功。正如以后我们可以看到的，由于后来的两种事态发展增加了现代主义的新的困惑，这种失败就更加严重了。

第一件事是现代西方社会向一种新的社会生活形式的转变，这一形式在某些根本的方面不同于经典社会理论家所研究的那个社会。在我们看来，使这种变化非常重要的因素是它们改变了意识与存在的辩证法的性质与方向。

第二件事是工业社会的激增。它们与西方社会在经济与技术上有着许多共性，但是在关于意识与组织的特殊形式上与之相异。面对现代社会的这种多样性，人们被诱惑着把统一的现代社会概念抛在一边，并且对于在这些表面上特殊的事件中发现普遍真理也感到绝望。

这两种趋势使要确定和解决现代性问题的尝试复杂化了。但最终，它们将有助于问题的解决。

人性与历史

要完成解决方法、社会秩序与现代性问题的任务，人们最终需要一种人性观点。

41 作为充分的社会研究方法，逻辑与因果关系都失败了，因为它们接触的存在方面具有不同于社会现象的特点。逻辑关系讨论观念的秩序；因果关系是谈事件的秩序。（一种思想，或者是被作为一种永恒的概念，通过必然性与矛盾的关系与其它概念相联系，或者是被作为某人头脑中的一个事件，有因有果，像所有其它事件一样。逻辑只涉及前一种意义上的观念。）对观念的逻辑分析和对事件的因果解释，因其所考察的存在的那些方面的共同特点，在连续性、必然性和客观性上具有共同特征。

对于一个人之所言都可以作为一种能够进行逻辑分析的观念；同样对于人之所为亦易于进行因果解释。然而，如果理性主义和历史主义不能作为社会研究的适当的工具，那么一定是因为人性还存在着第三个层次：意识。意识领域似乎已超越了观念秩序与事件秩序的界线，这恰恰因为它包含了意识与存在、思想与行动之间特别的关系。这种关系是无法为一种具有严格的连续性、必然性和客观性的知识所掌握的。对存在的第三个方面及与其相应的第三种方法的充分的认识有赖于对人及其在世界中的位置的认识。

以个人利益和共识理论为代表的两种相冲突的秩序的图像，最终，皆出于对人类行为和对个性的个人方面和社会方面的关系的不同看法。要通过既照顾到个性又照顾到社会性的方式

去考察行为的特点，你就必须知道人是什么样的。

在严密的考察之下，现代性的问题变成了如何对社会生活形式进行比较的问题：如何比较现代欧洲社会与它之前的社会生活形式，如何比较现代欧洲社会与它的前任以及现代社会中的不同种类。但是，如果给一种社会生活形式带来统一的是意义与风格的相似而不是逻辑关系与因果关系的相似，那么我们就需要有界线明确的比较标准。否则比较研究将会在对相同与差异的独断判断中迷失方向。只要我们能设想出构成所有社会生活形式的基础的统一的人性，那么严谨的比较就是可能的。每个社会就可以作为人性的某个方面的表现，在关于人性的普遍理论的帮助之下，与其它社会进行比较。 42

认为对人性的认识在发展社会理论的过程中是必不可少的观点是很令人烦恼的。毕竟，社会理论正是通过否认凌驾于历史之上的统一人性而确立了它本身的特质。这种否认允许现代思想家可以研究现实的人而不是应该如何如何的人，并探究每个社会形成其行为与意识的特别的方式。这些成果是不容抛弃的。真正的问题是，我们能不能把古代的关于统一人性的真知灼见从古代的人性永远不变的幻想中解放出来 我们的任务就是要发展一种理论，在确认人性随历史而变并为每一个新的社会形式，事实上是每一个个人，所重塑所改变的同时，以一种并非微不足道的方式承认统一的人性。

这样一种人性的理论并不乐意使它自己限于描述。凸现个人处境的一般图像总暗示他可以做什么，以及应该成为什么人。反之，在各种可能的人性观念中的选择可能本身就受到道德观念和政治认识的影响，后者则是人们所选定的人性观念所不能完全证成的。

如果情况是这样，那么，正如我在另一本书中所争辩的那 43

样[27],发展一种人性理论的尝试会迫使我们跨越理解与评价的界限,并且破坏社会理论在它反对古代政治哲学的斗争中所建立的其它一些束缚。但是,我们怎样才能超越社会研究中的事实与评价的严格界限,同时又不抛弃它的理解现实的人的非常现代的使命呢?

因此我们看到,社会理论的问题只有通过社会理论的真谛与古老的政治哲学中精华的协调才能够得以解决。思想的进步要求两种传统以一种更具包容力的知识形式结合在一起。

另外还有一种方法来确定最终的目标。古典政治哲学的观点并不因这种哲学的消失而完全消失。它在宗教的世界概念中或日常的道德和政治思想中继续存在。它拒绝在事实与价值间明确划线,而依赖于或多或少的明晰的人及其性善的理想。我们怎样把这些宗教与常识信念中所包含的真理与社会理论的成果统一在一起呢?

法　　律

在以下的两章,亦即在本文更大的篇幅中,我不想迎头就去讨论前面几页提出的问题,也不想提供有关这些问题的任何全面的答案。这部分是因为我已经试着在别的地方做过综述,部分则是出于想要看看有关这一贯穿全文的问题的讨论究竟能被压缩到怎样更易于驾驭的篇幅内。

社会理论问题将通过对现代社会中法律的位置的思考予以

[27] 见我的著作 *Knowledge and Politics*, pp. 191—235。

间接的讨论[28]。法律似乎是一个特别富于成果的主题，因为，了 44
解它的意义的努力直接把我们带到了各种尚未解决的重大的社会理论问题的核心。

首先，法律涉及到方法问题。政治思想中的亚里士多德哲学一经被摒弃，用不同于传统的关于目的和存在的术语去描写和解释社会现象就是不可避免的。但同时我们显然很依赖制定的规则。这些规则对于那些制定、适用和依赖它们，并根据它们决定爱憎的人来说并非只是缺乏道德意义的事实。抛弃存在的这一为规则所引导的方向就意味着抛弃行为的主观意义。因而人们必须搞清楚对社会中真实规则的科学探求与日常生活中使用规则的关系。法律之所描述与法律之所规定之间的关系的阐释成为社会理论的核心。

其次，法律的探讨与社会秩序的问题有着密切的关系。个人利益与共识理论包括并依赖于相互冲突的有关规则的观点。如果我们知道不同种类的法律所产生的环境，我们就能够看到这两种有关规则的基本观点的局限与用途，并创造条件使之结合[29]。

第三，现代性问题的解决要求我们发现占主导地位的意识形态与日常生活经验之间的关系。前者把非个人的法律放在社会的中心地位，后者则把法律放在社会生活的边缘。

因此，检查法律在现代社会中的位置把社会理论的主要关注之点都聚拢在了一起。然而，它也把它们集中到那些可以非

---

[28] See William Shakespeare, *Hamlet*, act 2, sc. 1, line 66: "By indirections find directions out."

[29] See Emile Durkheim, *De la Division du Travail Social* (Paris, Alcan, 1922), p.32."由于法律再造了社会协作的主要形式，因而，我们只需要区分法律的不同种类就可以发现与其相应的不同的社会协作形式。"

常具体地界定的命题上面。

45 本文的全部计划包括较长的两章，它们被以下较短的两章所包围：目前的理论导论和一个最后的理论结论。在核心两章的每一章中，研究社会中法律的一个方面都与社会理论的一个主要困境相互联系。因此，第二章涉及法律的多样性，以及每一种法律得以产生的条件。而且，第二章把它的主题当作是讨论社会秩序问题的机会。第三章讨论现代社会中法治的意义与变形。但它是将这一问题作为现代性问题本身的一部分进行探讨的。第四章则根据中间插入的关于法律研究之所得对导言中提到的命题进行再思考。它总结了有关社会秩序与现代性问题的争论的意义，而且它发展了本论文的方法论前提。

因此，方法问题直到最后才会明白地显示出来。但先交待一下有助于对我的方法与态度的了解。我很看重调和理论总结与编史工作的需要。这种需要与所有其它社会理论中未答复的方法论之谜是不可分的。它也与社会秩序问题深深相关。这一问题中一个重要部分就是要将我们对于社会契约的普遍观念区别于我们对于不同类型社会中契约的特性的特殊认识。而且它直接与现代性问题有关：我们重新解释历史环境的方法将会且一直如此，限制并受限于我们思考社会的方法。

为了在我的研究的有限领域内解决系统理论与编史的矛盾关系，我将从用来解决这种矛盾的最成功的作法开始——类型学的方法。我将提到的法律类型和社会类型将被置于不同的抽象层次之中。有些将是对独特的历史现象的简单化抽述，意在

46 进行类推和比较。另一些将是普遍的范畴，意在表示和帮助解释再现的法律和人们的联合形式。还有另外一些将会是解释学的手法，其意并不在于描绘真实的历史事件，而是做为特别的例证或假设的可能性，用来解释所发生之事。

在本书的结论部分，我们有机会返回概括性思想与特殊的历史认识之间的二难选择上，并且把它放回它的真实环境中：社会理论的困境。

47

第二章　法律与社会形态

问　　题

本章通过讨论法律类型和社会形态的关系来研究社会秩序问题。前已指出，那两种主要的社会秩序理论都包含了对规范本质及其应用的认识。如果这两种理论分别与特殊种类的社会相结合，那么，人们可以预料，法律的特性会因社会生活形态的不同而变化。每一社会都通过法律显示它用以团结其成员的那种方式的最深层奥秘。而且，不同类型的法律彼此之间的冲突还表明：约束社会群体可以有不同的方式。

澄清法律与社会关系的第一步就是区分法律的主要种类。若没有这样的分类，我们就会缺乏一套描述法律类型与社会形态关系的专门术语。

下一步，我的论述将以思辩的方式指出，每一种主要的法律类型得以产生的历史条件。这种分析将表明在不同的社会生活形态中文化和组织之间的某些联系，因而它会导向这样一个问题：后封建时期的欧洲为什么及如何发展出那样一种独一无二的法律秩序。对该问题的回答可能有助于人们理解现代西方文明的特质。此外，由于现代法治理想产生于这样一种情形，在这

里，由共识理论和个人利益理论所描述的诸种机制被怪诞、不稳定地结合在一起，因此，回答上述问题还可望揭示社会秩序之谜的谜底。

对现代西方法律历史基础的讨论将会相当具体，而且，在某种意义上讲，由于同时比较了古代中国的法律和政治思想，讨论中的观点还可以得到进一步的确证。实际上，导致中国建立统 48 一帝国的各种因素与导致西方建立民族国家的那些因素多有相同，然而，其法律后果却迥然有异。参照一下那些其法律经验既不同于古代中国又不同于现代欧洲的文明形态，与中国进行比较的重要性就会表现出来。

在本章最后，我将根据自己对法律产生的条件和法律多样性的认识重新审视社会秩序问题。

三种法律概念

把法律研究与社会理论问题联系起来的各种学说常常争论不休，可是，仔细一看，许多争论竟来自于一种弥漫在术语中的混乱，而这应该在研究开始时就给予排除。例如，某些学派认为法律是所有社会形态共有的普遍现象①。因此，它们对于法律产生或消亡的观念就不能有任何涉及。一种相反的趋势则把法

① See Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (London, Routledge, 1947), pp. 68–69.

49 律制度特殊化[②]。从这种立场出发，人们便不可能把比较研究形形色色社会形态中法律的地位作为探讨更为普遍的社会理论问题的机会。有鉴于此，我们需要一种概念的工具，它会允许我们区分感觉与方式。在前者，法律确实是一种普遍现象，在后者，法律是特殊社会形态的独特现象。

在最广泛的意义上讲，法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式，同时，这些个人和群体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互的行为期待。我将称其为习惯法或相互作用的法律[③]。这种法律的概念包括两个方面，每个方面都对应于传统的习惯观念的一个侧面[④]。一个因素是对行为的实际规则。另一个层次是正统性：权利与义务感，或者是那种把已经确立的行为模式与社会生活的正确秩序观念以及大而言之的宇宙秩序观念相等同的趋势。

对于习惯法来说，事实上发生了什么的问题从来不能与应当做什么的问题明确区分开来。存在着这样的临界点，此时对规则的背离反而重新制定了规则。因此，每种行为都导致了双重结果：它在与规则一致或者违反规则的同时，也成为界定习惯的社会进程之组成部分。所以，选择规则和依据规则做出决定之间的区别，就像习惯与义务的差异一样，在习惯法的世界中是

② See A. R. Radcliffe-Brown, *Primitive Law in Encyclopedia of the Social Sciences* (New York, Macmillan, 1933), vol. IX, p. 202; and E. E. Evans-Pritchard, *The Nuer* (Oxford, Oxford, 1947), pp. 68—69. But see E. E. Evans-Pritchard, *The Nuer of the Southern Sudan in African Political Sytems*, ed. Meyer Fortes and E. E. Evans-Pritchard (Oxford, Oxford, 1940), p. 278.

③ 在广义上讲，所有的法律都是“相互作用的”。参见 Lon Fuller, "Human Interaction and the Law", *The American Journal of Jurisprudence* (1969), vol. XIV, pp. 1—36。

④ See Ulpianus, *Regulae*, 1.4.

颇为模糊的。

相互作用的法律并不具备公共性和实在性。它的非公共性 50 在于它属于整个社会而不专属于置身于其它社会群体之外的中央集权的政府。这种法律由一些公认的惯例所组成，而所有的交往和交换都在这些惯例的基础上得以进行。

习惯也缺乏实在性：它由一些含蓄的行为标准而不是公式化的行为规则所构成。虽然这些标准常常十分精确，但它们基本上是心照不宣的标准，它指导着某一等级的成员在特定情况下应当如何对待同等级或不同等级的其他成员。例如，这些标准决定着在许多情况下一个人可以期待他的男亲属做些什么，反过来，它们也规定了这些男亲属可以并且将要求他做些什么。

与成文法相比，习惯特别不准确。它们适用于狭窄限定的各类人和关系范畴而不是极其普遍的各阶级。它们不可能被归纳为一套规则，使之法典化则意味着令其面目全非。这主要是因为，习惯并不是实在的，它同规则性与标准、选择规则与适用规则之类的区别毫不相干[⑤]。

尽管在每一种社会生活形态中都可以找到习惯，可是，在某些情况下，它的支配作用是排它性的。关于原始社会的人种学描述使我们开始认识到法律只作为一系列基本上是不言而喻的习惯而存在的条件。在这些条件下，既没有公式化的一般规则也没有政府与社会的分离，后者使人们有可能把某些规则称为国家法。

第二种法律概念是官僚法或规则性法律。与习惯法不同，

---

⑤ See Lloyd Fallers, *Law Without Precedent*, *Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga* (Chicago, Chicago, 1969), pp. 310—314. See also Ferdinand Tonnies, Die Sitte (Frankfurt, Ruetten, 1909); and F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (Chicago, Chicago, 1973), pp. 38—39.

这种法律具有公共性和实在性。官僚法由一个具有政府特征的组织所确立和强制的公开规则组成。无论官僚法在哪里产生，那里总存在着一个国家，并多少是有效地确定着不同群体相互间可以行使的不同权力。这与如下认识并无矛盾之处，即从更广泛的角度看，这些群体之间的权力关系可以决定政府的性质以及政府能够做些什么。

当然，规则性的法律并非社会生活的普遍特点，它仅限于这种情况，即国家与社会的分离已经得以确立，而且，针对普遍性程度不同的各种人和行为，某些行为标准已经采取了明确的命令、禁止或许可的形式。伴随着官僚法的出现，习惯与义务的区别或制定规则与适用规则的区别才第一次变得有意义了。

之所以把这种法律称为官僚法，是因为它专属于中央集权的统治者和他们的专业助手的活动领域。这种法律是由政府蓄意强加的，而不是社会自发形成的。然而，这一定义中所使用的官僚概念只是从最广泛的意义上描述制定与实行法律的国家机关。

官僚规则总伴随着严格限制其范围的其他类型的法律。这种情况在古代的一些大帝国中颇为明显，它们是产生了官僚法体系的现代社会之前的最清楚的例子。在这些帝制国家中，政府的规则通常受到以下两个方面的限制⑥。一方面是习惯，它继续支配着日常生活的诸多领域。尽管习惯性标准既可以影响国家法律又可以受其影响，但它们仍保持着自己的特性和惰性；另一方面是神法，它通常掌握在独立的僧侣阶层手中。神法是

---

⑥ See Henry Maine, *Lectures on the Early History of Institutions* (London, Murray, 1897), pp. 373—386; and Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. Johannes Winckelmann (Tübingen, Mohr, 1972), p. 563.

由神学戒律所形成的。在这个领域中,君主往往不具有直接的权威。

以伊斯兰法为例,我们看看它区分习惯领域,君主自由裁量领域和神法领域的方式。由伊斯兰教法官(kadis)适用的神法或伊斯兰法(sharia)不同于君主的行政自由裁量(siyāsa)[7]。与此类似,古代印度的神法(dharmasāstra)限制了君主发布法令(kastra)的权力[8]。不过,与此相反,古代罗马市民法(ius civile)却是通过先摆脱后取代祭祀神喻(fas)的方式而获得了自己的特质。而且,在帝国后期,严格的法律(ius civile)与行政自由裁量(皇帝的 Lognitio extraordinaria)之间出现了更大的鸿沟[9]。这些对立反映了教士团体、政府当局与商人集团之间的利益冲突,但是,这些对立也与下节要讨论的更普遍的趋势有关。

52

习惯与教士法为一方,官僚规则为另一方将社会生活划分为两个部分:第一个部分或多或少地处于君主的命令之外;第二个部分则处于君主几乎无限的自由裁量权的范围之内。在有些社会中,教士法的影响超过了官僚规则,可是,至少有一个帝国,即中华帝国,几乎没有什么重要的宗教戒律能够逃避政府的控制。只是在西方,神法与君主自由裁量权之间才形成了独一无二的平衡关系。而这对于法律观念和法律制度的历史具有决定性的影响。

第三种则是更为严格的法律概念。我们将会看到,这种法律绝不是各种社会的普遍现象,它仅仅在非常特殊的环境中才能产生和生存,我们称其为法律秩序或法律制度。作为法律秩

⑦ 见 109 页注③。

⑧ 见 111 页注⑤。

⑨ See Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* (Munich, Beck, 1959), vol. Ⅱ, p. 12。

序的法律不仅具备公共性和实在性，而且具备普遍性和自治性。

自治性表现在实体内容、机构、方法与职业四个方面。法律在实体内容上的自治性是指，政府制定和强制实行的规则不能令人信服地被看作只是重复了任何一种独特的非法律信念或标准，而不管后者是经济的、政治的还是宗教的。更明确地说，一种自治的法律制度并非是某种神学观念的法典化。作为一种世俗规则体系，它不仅远离支配人与上帝关系的戒律，而且还远离任何一种有关社会关系的宗教认识。法律在机构上的自治性在于，法律规则由那些以审判为主要任务的专门机构加以适用。因此，国家与社会的分离因国家内部立法、行政和审判的区分而加以完善。当上述那些专门机构论证自己行为合理性的方式不同于其他理论或实践所运用的论证方式时，法律就获得了方法论上的自治性。这意味着法律推理具有一种使其区别于科学解释以及伦理、政治、经济论证的方法或风格。最后，法律秩序还以职业的自治性为特性。一个由其活动、特权和训练所确定的特殊集团，即法律职业集团，操纵规则、充实法律机构及参加法律争诉的实践[⑩]。

上述四个方面的自治性是相互依存的。可是，集中在一起，它们却赋予立法的普遍性理想和适用法律的一致性理想特殊的意义。官僚法既可以包括具有广泛适用范围的规则又可以包括针对着在时间和空间上都严格限定的情况的命令。但是一种法律秩序区别于政治和行政却恰恰因为它服从于立法的普遍性目标和判决的一致性目标。人们希望法律针对着广泛确定的各种

⑩ 机构的、方法论的和职业的自治性都与角色差异这一概念密切相关。参见Richard Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law and Society Review*(1974), vol. VIII, pp.217—347。

人和行为，并且在适用时不得偏袒某个人或某一阶级。在官僚法中，普遍性不过是权宜之计，而在法律制度的结构之内，它却获得了特殊的重要性。因为，正是法律的普遍性确立了公民在形式上的平等，从而保护他们使其免受政府的任意监护之害。为了确保普遍性，行政必须与立法相分离；而为了确保一致性，审判必然与行政相分离。实际上，这两个分离恰恰是法治理想的核心[①]。通过这两种分离，法律制度被假定为是社会组织的平衡器。

54

法律秩序的产生是与现代欧洲自由主义社会的形成联系在一起的。一方面，政治与行政的分离，另一方面，政治与审判的分离，不仅构成立宪的奠基石，而且还成为政治思想中的一个指导原则。自由主义国家中存在着一套独立的法律准则，一种专业化的法律机构体系，一种明确表述的法律理论传统及具有自己相对独特的观点、利益和理想的法律职业集团。不过，重要的是认识到，一种法律秩序是在习惯法以及官僚法的背景中逐渐发展的，而且，不同法律类型之间的区别总是处在变动之中。

因此，在自由主义国家中，规则性法律仍然以政策性决定或行政命令的形式继续存在。虽然，法律秩序可以限制其适用的

---

① See A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, Macmillan, 1968), pp. 188—196. 我关于法治的定义包括了戴雪定义的前两层含义，但不包括第三层含义。他的第一层含义是："除非明显地侵犯了在普通的法院设立之前，通过普通的、合法的方式所确立的法律，否则，任何人都是不可以惩处的，或说不能合法地使其身体或财产蒙受损害。"第二层含义是："每一个人，无论其等级或身份如何，都须服从王国的普通的法律，都有义务服从普通法庭的管辖。"第三层含义是："宪法的普遍原则……与我们的如下观点一致，即司法判决的结果决定着提交到法院之前的特定案例中的个人权利。"——这是英国政治史和现代自然权利理论的产儿。

上述三层意思分别见于前引著作的第188、193、195页。

范围，但是，它们本身并非由专门法律机构管理，也不是在与众不同的法律理论的框架内得以发展和适用的。相反，负责制定和适用它们的人员不过是国家政治和行政人员的一个组成部分，而且，证明其合理或批评其不合理的逻辑来自可用的政治论证模式宝库。后面，我们将会发现，官僚规则与法律秩序的关系往往是社会变化的惊奇的显示器。

习惯法坚持相互期待的模式和惯例，而法律秩序对这些模式和惯例既有所依赖又可以施加影响。法律秩序与它们的联系主要具有两种方式。首先，这些模式和惯例规定了标准的要旨，例如适当关心标准和合理性标准，这些标准适用于这种环境内，即由于环境的复杂多样和政策彼此之间相互冲突，以致于任何一套普遍的规则不可能满足人们的需要，甚至只能成为不切实际的幻想。其次，在更普遍的意义上讲，它们为在特定的社会环境中协调个人与群体的关系确立了指导原则，在这种环境中，人们趋向于避免使用法律制度解决争端。

这方面最极端的例子就是，某一特定制度的权力组织结构及其意识特征会由于运用法律规则和从权利义务的角度看待社会关系而遭到破坏。例如，家庭是个社会单位，而法律秩序由于上述的原因，只能对其内部生活做些表面的规定⑫。如果，在某种情况下，当形式上的法律规则和机构对于人们要求它保护的经济利益不感兴趣或者有害时，人们也避免使用它们。相反，那些最感兴趣于通过控制法律秩序而破坏已经确立的相互作用标准的当事人，由于他们文化上，社会上和经济上的地位，恰恰最没有能力这么做。的确，在不言而喻的相互行为标准与法律制

---

⑫ See Lon Fuller, "Mediation—Its Forms and Functions," *Southern California Law Review* (1971), vol. XLIV, p. 331.

度规则的关系中，可能存在一种特殊的互补性。法律秩序的所谓的"普遍性"和"自治性"允许前者有效地和不易察觉地维护已经确立的财富和权力的不平等现象[13]。法律秩序产生之后，习惯法如何生存这些明显的例子为我关于法律概念的分类提供了一条根本的限制条件。

在法律秩序占有最突出地位的那些社会中，习惯和官僚法没有发挥压倒性显著作用吗？所谓法律的自治性观念本身难道不是幻想吗？尽管人们都不承认，这难道不是法律秩序的特征吗？即法律秩序中的专门机关的运行与国家的其他的政治机构 56 并无区别，而且，法律推理的方式，归根结底，与政治，经济和伦理的选择中所用的并无不同。真正的法治的概念也许建立在一种误解之上，它同时也是一种神秘的东西。它把占统治地位的理论以及该理论代表的精神状态与对法律在社会中实际位置的精确描述混淆在一起。为了充分认识法律秩序的概念究竟要说明什么，人们必须在相互敌对的错误之间开辟出一条窄路。

一种误解就是，把法律秩序在社会生活中的作用与某些理论对这一秩序的描述方式等同起来，这些理论或为法律秩序所利用或意在为其辩护。这种等同一旦形成，所有那些使法律具有鲜明自治性的因素和传统也就只能具有表面上的意义。结果，法律秩序与社会生活其它方面的真实关系反而被隐匿起来。

然而，第二种误解，也是更为微妙的一种误解对于理解法律制度来说，具有同样恶劣的影响。它包括了把一种法律秩序的普遍性和自治性仅仅视为意识形态的谎言的趋势，而且主张，若要理解法律的作用就必须把这种谎言抛在一边。这似乎过于简

---

[13] See Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change," *Law and Society Review* (1974), vol. Ⅸ, pp.95—160.

单化了。当然，形式的平等，不同机构任务的专门化、论证的方式及参与法律秩序的全体人员可能会很不稳定并且具有自己的局限性，可是，它们毕竟也具有真实性，因而，应当对其做出解释。

实际上，这一棘手的问题仅仅是完全抛弃法治理想这一冲动所造成的严重困难的外在表现。在坚信法治理想的社会中，人们通常依据法律制度确实具有相对普遍性和自治性这一信念行事。若要把他们的认识和价值观仅仅视为虚假的东西，那就必须以如下认识为前提：即描述和解释社会关系可以不考虑那些参与这些关系并赋予其特性的人们的想法。根据前章阐述的观点，上述前提不仅会妨碍人们认识什么是有关这一主题的特殊的社会性问题，而且会破坏社会理论的方法论的一个基本原则。

57

充分地理解法律制度则必须解释，法治理想在特定的社会中扎根的具体方式，它必须说明这种社会的本质如何既推动人们去追求这一理想又限制人们充分实现这一理想。只有通过这种方式，才有希望避免理想主义和行为主义认识法律秩序的错误。

上述三种法律概念可以看作是规范性秩序类型中的不同种类[19]。它们都描述了决定什么当做以及什么不当做的行为标准，是如何被加在单纯的行为规则之上的。最初，在相互作用的法律中，规则与标准是一致的。后来，随着官僚法和法律秩序的产生，尽管并不十分绝对，但彼此之间的差别更加明显了。此后，事实世界与规范世界开始具有了不同特质。

---

[19] See Talcott Parsons, *The Social System* (New York, Free Press, 1968), pp. 11—12

法律之外的许多现象也可以融入规范秩序的种类之中，例如社会的宗教和艺术。就法律与规范秩序的这些其它方面的区别而言，法律的特点在于：它侧重于规范外在的、可观察到的行为，并且强调运用世俗的禁令来惩罚或矫正异常的行为[15]。鉴于本文的目的，几乎总是有可能同义地使用法律概念和规范秩序概念。

根据前面对三种法律概念所作的区别，本章开始时所提出的问题可以更加准确的界定。在什么环境下，官僚法和法律秩序才可以产生？通过研究这些环境，我们可以对这两种法律了解到些什么？更重要的是，通过这样一种研究，我们对社会秩序问题可以得到什么教训？ 58

我将连续地探讨官僚法和法律秩序得以产生的历史基础，在探讨每一种历史基础时，我将既考虑到作为社会组织特性的因素，又会考虑到作为文化或意识组成部分的那些因素。

官僚法的产生

在一个社会的规范秩序中，使公共的和实在的规则占据突出地位的那些条件可以分为两大类：国家与社会的分离及社会共同体自身的解体。前者说明了官僚法的公共性，后者说明了官僚法的实在性。

---

⑮　我把康德认为是一切法律的形而上学属性的东西看作是，虽然不明确，但却有用的分类标准。参见 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *Kants Werke*, ed. Prussian Academy of Sciences (Berlin, Gruyter, 1968), vol. Ⅵ, pp. 218—221。

国家与社会的分离

除非人们能够在社会的诸种机构中区分出压倒其它社会集团并限制其相互作用的那种机构，否则，就不可能谈论什么公共规则问题。另外，只有在建立了具有明确特征的政府的地方，才可能产生两种行为标准的对立，即公共规则与私人活动领域规则的对立。因此，解释规则的公共性往往合并为解释政府现象[15]。

有两种相互补充的方法在研究这一问题。第一种方法把它看作是社会意识发展的问题；第二种方法则视其为社会组织的变化问题。孤立地看，这两种解释都是不充分的，且会把人引入歧途，可是，综合起来看，它们则可以相互纠正对方的缺陷。

59

也许不适用于各种社会形态，但是，为那种使国家和社会分离具有意义的社会生活概念提供必不可少的支持，是不是社会意识的一个特点呢？也许，这里的关键观念是：社会关系是而且也应当是人类意志支配的对象。这种概念与早期的更为普遍的社会概念相对立，早期概念认为社会是人们不能也不应控制的秩序的表现。相应，每个人都把自己看作是一个更大的自然和社会整体中的明显不同的部分，而这一更大的整体具有自己的节奏和要求。从这个意义上说，对于社会的结构而言，规范的秩序必须是内在于社会构成的东西而不是易于捏造和便于修正的。

对社会生活的这种认识其含义的确颇为深远，它解释了前已提到的相互作用的法律的许多特点。当人们承认社会具有一种很好的和持续性的内在秩序时，他们就不可能有意义地区分人们通常在不同情况下做什么的认识及人们应当做些什么的观

[15] See Franz Oppenheimer, *Der Staat* (Stuttgart, Fischer, 1954), pp. 5—8.

点。可是，由于在相互作用的法律结构中，规范的秩序既是不言而喻的又是默示的，因此，它从来不需要采取那种由特定的机构宣布和强制实施的规则形式。

然而，国家与社会的分离预先假定了一种非常不同的关于规范秩序和行为规则之间关系的概念。对国家的定义主要依据它对社会关系的控制。国家支配地位的象征和工具就是它制定的公共规则。就这些规则对社会惯例的明显影响而言，人们可能会逐步地认为这些惯例只是人类意志的产物。

60

对于国家与社会的区别和社会乃意志产物之间的关系命题来说，有两个重要的限定条件。第一个条件，前已提到，即虽然在短期内国家可以是社会生活的控制者，但是，在深远的意义层次上而言，国家的特点和活动在很大程度上是由社会中群体之间的权力关系所决定的。即使不破坏人们可以把自己的设想强加于社会的概念，这个事实也会为社会意识所承认。第二个条件是，由国家与社会的分离而开创的政府法律的新世界趋向于造成社会生活的某种分裂，即一个神圣的和世俗权力所管不到的领域和一个依附于君主利益的领域。

当然，国家与社会的分离及公共性规则的发展还伴随着社会组织和社会意识的变化。这种变化就是分工的发展以及与此相关的社会等级之间的区别日益明显。每一个等级都为一系列继承下来的接近知识、权力和财富的不同位置所明确限定。

作为一种群体等级制度的社会组织，对于国家与社会的分离及公共性规则的产生具有直接的影响[17]。只要存在着彼此之

[17] See Lucy Mair, *Primitive Government* (Penguin, 1962), p. 13; and Morton Fried, *The Evolution of Political Society* (New York, Random, 1969), pp. 235—240. But see Georges Balandier, *Anthropologie Politique* (Paris, Presses Universitaires, 1967), pp. 92—93.

间具有不同权力的、明确区别的社会等级体系，群体关系就将陷入一种永恒的不稳定，虽然这种不稳定常常处于潜伏状态。现存社会秩序的永恒化及拥护这一秩序的力量的永恒化迫切需要一个机构，它可以使等级制度不受触动。总之，群体之间的统治——依附关系愈普遍，对国家的需要也就愈迫切。

只有在某种程度上高居于群体冲突之上的一个实体才能够既限制各个群体的权力又做出公正性、集体性和幸运的合谐性的姿态，而且该实体还鼓励各个群体对其表示忠诚。同时，国家必须加强统治和依附的关系，而且，操纵国家机器的人一定来自于某个特殊等级。所有那些标志着国家与社会冲突史的基本对立，归根结底，来自于上述情况中潜隐的矛盾关系。作为社会等级制产儿的国家也必须是这一等级制的主人，它必须区别于统治——依附制度中的任何一个群体。可是，它又必须从构成这一制度某几部分的特殊等级那里获得人才和奋斗目标。无论什么时候，只要这一矛盾的任一方面被忘记了，那么，国家与社会的真实关系就会被遮盖起来。

61

因此，公共规则的发展及国家与社会的二元性的发展与社会组织的方式，以及个人认识社会生活的特殊变化密切相关。虽然尚不能得到证明，我将在下一节通过中国法制史的材料来说明这种联系。

社会共同体的解体

官僚法既是公共的又是实在的。实在法得以产生的关键条件就是人们所说的共同体的解体。再次求助于那互补的关于社会组织和社会意识的观点无疑是有益的。

从意识的观点看，共同体的解体意味着这样一种情况的发展，即人们愈发觉得能够对公认惯例的正确性表示怀疑，并且能够触犯它们。实际上，只有在这时，公开的、公式化的规则才成

为可能的和必然的东西。只要存在着紧密结合在一起的关于相互期待的共同信念，这种信念建立在共同的权利和义务观念之上，实在法就只能是不必要的。在这种背景下，规范性秩序不会作为公式化规则而出现。的确，这时它还几乎完全处在明确陈述和有意识地理解问题这一阶段之前。 62

人们愈是远离这种假设的伦理一体化的理想状况，用标准暗中取代公认的和可以察觉的习惯的需要也就愈迫切。明确化的过程预先假定了愈来愈不能相信人们会在缺乏公开指导和同意的情况下以固定的方式行事。一方面，人们不再能够确信，在特定的选择环境中，什么应当做和什么不应当做。有鉴于此，必须制定实在的规则以便澄清被共同体解体所模糊和弄得不明确的行为准则。另一方面，对共同道德观的不加思考的效忠逐渐减少，由此，内在化的和自动生效的保证，即人们对这些相互期待充满信心也渐渐地不那么可靠。因此，总的说来，实在法必须能够被国家加以强制执行。这一进程两个方面的意义可用如下的话来表示，即由于从默示的特殊的准则向实在法的过渡[19]，以共识为本位的社会秩序理论所描述的现实必将失去它的某些明显的控制力。

除非人们能够认识发生在社会组织历史上的相应变化，否则，作为一种意识变化的社会共同体的解体就还是不可理解的。所谓对应的变化就是对国家与社会分离负主要责任的日益增加的分工和等级制倾向。这一倾向恰恰侵蚀了一套封闭性的共同信念的基础。一旦它站稳脚跟，对于社会等级之间的关系来说，就很难再依据同一种观念和理想的共同体了，而这种观念和理想的共同体曾经在每一个等级的内部生活中发挥了重大的作

[19] See Max Weber, *Wirtschaft and Gesellschaft*, p.198.

用。如果这一假设是正确的，人们就应该期待发现：关系领域内的是社会实在法。只是在后来，并且是在不完全的意义上，这种实在法才出现在群体内部，首先而且生气勃勃地成长在群体中。

63

分工与社会等级制

作为官僚法产生的前提，国家的出现和共同体的解体都依赖于社会组织的一个变化。我一直把这个变化定义为：伴随着社会阶层日益扩大的分化和阶层内部日益僵化的界限而出现的一种社会分工的显著进步。这一进程中的日益分化和僵硬界限两个方面是相互交织在一起的。个人在等级制度中的位置通常决定他如何适应分工。因此，明确界定的等级式的社会阶层的存在为根据这些阶层的特权和权力分配工作提供了一个自动化的标准。反过来说，职业的专门化，以及因这种专门化才可能的对生产、保持和交换财富方面的改进又再次加强了社会的分层。

但是，应当如何解释这样两种自发产生而又相互依赖的现象呢？一种解释以如下观念为核心，即社会等级制有助于采用和支持社会分工，而且，工作的专门化极大增加了物质生产的效率，在更普遍的意义上讲，它增强了促进公认的社会目标的一切行为的能力[19]。

另一种假设则把职业的专门化与某种人类道德发展的观点结合起来。通过打破早期以血缘为基础的共同体形式或限制它们对社会生活的影响，专业化和社会分化使个人更加意识到自

⑲ 关于采用了一种人身依附制度的分工的趋势，参见 Johann Karl Rodbertus, Third Letter to von Kirchmann, *Gesammelte Werke und Briefe*, ed. Th. Raum (Osnabrück, Zeller, 1972), pt. 1, vol. Ⅰ, pp. 124—125。关于劳动分工和"效率"，见 Adam Smith, *The Wealth of Nations*, bk. 1, ch. 2 (London, Strahan, 1784), vol. Ⅰ, pp. 19—25；以及 Talcott Parsons, *Evolutionary Universals in Society in Sociological Theory and Modern Society* (New York, Free Press, 1967), pp. 496—500。

己与他人的区别[2]。很明显,在自己所属的社会等级之内,每个人都会承认把自己与本等级其它成员联结在一起并使自己与其相似的那种共同的认识和价值观。但是,由于专业化和社会分化,人们能够渐渐认识到并大胆主张他们与那些其职业与等级和自己不同的人们之间的区别。 54

然而,即使在最严格、最全面的社会等级制之内,也总是存在着亲属关系逻辑与社会分化逻辑相互冲突的某种迹象。每个人都属于一个亲属关系集团,而它又至少是部分地不同于他所属的那个等级、种姓、阶级。就个人可以根据他在几个集团内的身份而确定自己的特性而言,他有一个很好的机会来认识和发展自己的个性。他的家庭地位为他提供了使自己区别于本等级其他成员的手段。

我所提到的、两种可能的解释是相互补充的而不是相互抵触的。这两种解释都试图说明构成向官僚法方向发展运动底蕴的趋势。虽然在上述假设的有限范围内,它们都不能得到充分证明,但是,它们都依据于人类存在的某些根本特点。第一种解释依赖于如下的观念,即专门化的职业体制能够满足人们对财富和权力的渴望,还有,建立在出生基础上的等级制度为建立和保存这种职业体制提供了一种简便的方式。第二种假设基于:没有一种社会生活形式能够永远压抑对共同体的追求以及个人对自我确认的渴望。

官僚法内部的紧张关系

无论说明公共的实在的规则之所以产生的社会变化基于什么原因,官僚法本身仍然具有内在的矛盾,这一矛盾不仅使其不

---

② See Emile Durkheim, *De la Division du Travail Social* (Paris, Alcan, 1922), pp. 267—276.

稳定，而且导致对官僚法的改革。我们能够从国家与社会分离的含义中推断出，公共的法是国家操纵社会关系的一种工具。从而，法律便成为控制国家的利益集团的工具。

65 然而，同时，人们自觉意识的提高以及对共同行为准则的不断下降的效忠则危害了已经确立的社会生活形态。如果规范秩序被解释为满足统治者权力利益的工具，那么，若不是依靠强加的暴力，也就不会有什么效忠。再者，仅仅通过与一种社会和宇宙秩序的形象相联系，它也不能满足统治者和被统治者论证社会结构的要求。因此，必须承认公共和实在规则具有内在的权威，客观性和必要性，而不是什么统治者根据什么对自己有利或对社会有利的认识而制定的东西。

但是，官僚法如何能满足工具主义和合法性的迫切需要呢？我们都知道，这是相互矛盾的两种要求。如果就公共和实在规则只是国家政策的工具而言，那么，只要统治者的认识和利益发生变化，这些规则就可以随意取代。如果相反，法律体现了内在正义和必然性的秩序，那么它们就会被统治者和被统治者认为是政府不能也不应破坏的行为标准。

这种两难境地也解释了为什么官僚规则几乎总是伴随着一套宗教戒律。神法被看作是事物真正的和正义的秩序之体现，而且置身于政府管辖范围之外。另外，它还为社会安排提供了一种合法性的结构。官僚法自身，若没有更高级法则的支持或66 限制，只能屈服于君主出于便利的种种考虑或他对臣民福利的认识。它易于响应工具主义的诱惑。

前面，我提到古兰经化的法律与政策的区别，以及古代印度法论与国王命令的区别，使之作为神法与官僚法相互对立的例子。另一个例子可能就是古代中华帝国，在那里新儒家和法家的共存极大影响了帝国的组织、意识形态和法律。

我已经讲了很多,就是法律中神性与君主自由裁决之间的冲突提出了一个方法的选择问题,是选择合法性理论还是选择工具主义方法?这个问题,最初似乎只是一个方法论的困境,而它的再度出现就成为一种强烈表明冲突与变化的具体政治经验。

法律秩序的出现

与官僚法相比,法律秩序则是一个非常罕见的历史现象。的确,在现代西方自由主义国家之外,人们不可能再发现一个有说服力的法律秩序存在的例子。当然,初看之下,其它文明似乎也具有一种法律秩序,但是,细看之后,人们就会发现并非如此。法治的形成得益于如下两种历史条件。

第一种历史条件描述了一种经验以及一种对群体关系的认识。因为,法律秩序要发展,必须以这样一种环境为前提,即没有一个集团在社会生活中永恒地占据支配地位,也没有一个集团被认为具有一种与生俱来的统治权利。集团之间这样一种关系可以被称为是自由主义社会,或者用一种当代美国政治科学的更生动的语言,称其为多元利益集团。一种法律秩序的历史基础的第二个方面就是,它以一种"更高的"普遍的或神圣的法则为依据,用它来论证或批判国家制定的实在法。

多元集团

法律秩序的产生需要什么样的集团关系以及对社会的什么认识呢?很明显,在社会组织和意识方面的这些条件一定不同 67 于解释了官僚法发展的那些条件。

像古代中国那样的官僚帝国的法律也具有某种普遍性和专门性，这使得这种法律从表面上看颇像欧洲封建社会后期产生的法律制度[21]。同样真实的是，构成现代西方国家法律机构实际运行特色的普遍性和自治性的程度也远不是流行的政治理论所要求的。但是，不管怎么说，官僚法与法律秩序之间毕竟存在着重大区别，就像它们分别对应的社会之间也存在着区别一样。虽然，在开始时这些区别颇为难以捉摸，也许更多地表现在理论上而不是实践上，但这些区别的确影响到社会生活的每一个方面。

在官僚法体系中，君主的命令通常采取了适合于非常广泛的不同种类的人和行为的规则形式。但是，这种规则所体现的普遍性不过是政治上权宜之计的普遍性，不过是使事情进行的更有效的方式。一旦行政有效性的考虑指向了另一方向，则这种普遍性就可以和就将受到破坏。换言之，这里尚不存在对立法普遍性和审判一致性的信念，而这一信念是必须在不顾及统治者的政治利益的情况下得以保持。当然，官僚法也具备某种程度的自治性，这种自治性也包括实质的、方法论的、机构的和职业的四个方面的意义，但是，这种自治性只是偶然现象，因为它们并非产生于组织社会和认识社会那种方式的基本特点，而是来自于机构和填充这些机构以发展自己的集团的基本倾向。

然而，的确存在着一种社会生活形态，我们可以称其为自由主义社会或多元集团社会。它的真正本质预先规定：人们在为法治理想奋斗的同时又总是不能充分实现这一理想。在这样的情况下，法律的普遍性和自治性不再仅仅是政府发展的偶然产

㉑ See S. N. Eisenstadt, *The Political Systems of Empires* (New York, Free Press, 1963), pp. 137—140.

物，它们是以一种可证明或至少广泛容忍的方式规定社会秩序和分配权力的努力的必然后果。在描述了自由主义社会的某些一般特点之后，我将提出一个假说，它涉及到多元集团促进现代欧洲产生法律秩序的特殊方式。

自由主义社会存在着一种群体结构，特别是阶级结构和统治结构，这种结构并不能充分稳定和全面地赢得它的成员的自发效忠。社会等级制过于变化莫测、不确定和开放，以至于不利于等级的变化，另外，它又特别易于受到政治上的批评以至于不被认为是事物的正常秩序。因而，自相矛盾的是，统治结构变得愈弱，阐明或限定其剩余部分的需要就愈强烈。

前面，我曾经说过，社会分层有利于分化人们对共同体的体验。因此，顺理成章的结论似乎是：等级制的削弱将自动增加达成共识的机会。然而，事实并非如此。一种全面的阶层制度也许不能在它的不同成员的感情和意识上维持同样水平的凝聚力，而这种凝聚力本来是未出现分化的社会的特点之一。但是，除非它被人们认为是与前已存在的、赋予其合法性的伦理秩序一致，它既不能生存也不能发挥作用。总之，等级制变得愈不稳定，愈模糊，它就愈不能指望被不假思索地作为事物的恰当部分接受下来。因此，先有等级制然后又失去它的经历似乎更可能加剧而不是削弱伦理的冲突。

自由主义类型的社会组织产生了一种意识风格，并因后者而得到了加强。这种意识的实质是把社会作为相互冲突的主体利益进行较量的领域。界线分明的等级制的解体以及与其有关的自然道德秩序感的瓦解这两件事情，有助于形成如下这种认识，即归根结底，价值观是任意选择的事情。同时，认识到各种社会联系的流动性又鼓励人们相信，所有的利益到头来都是个人的利益，而集团利益只不过是其成员具有的不同目的的混合

69

物。

可是，这种组织社会和认识社会的方式对于法律却具有革命性的意义。仅仅通过强加官僚法并不能解决自由主义社会的社会秩序问题。这是一种特殊的社会生活形态，在其中，没有一个群体控制所有其他群体对自己的忠诚和服从。因此，设计一种具有如下特点的法律制度就成为十分重要的事情了，这种法律制度的内容应当调合彼此利益的对立，其程序则应当使几乎每个人认为服从这一程序符合自己的利益，而不管他偶然寻求的目的是什么。

人们会特别期待这样一种法律制度能够防止任何一个阶级的人们把专政强加在其它阶级身上。除了这种最普遍的目的，这一制度还经常受到两股对立方向力量的牵制。社会中较有权力的集团会希望通过有选择地保护私人活动以免受政府干扰而维持现存的不平等，处于较不利地位的阶层则想要把法律作为限制并逐渐暗中破坏私人权势和政府权势的工具。

对这些相互矛盾的要求，一种可能的回答就是创立具备普遍性和自治性的法律秩序。旨在克服等级和阶级差别现象的规则和程序可以要求每一个人的效忠。从长期的效果看，可以说，70 它们代表了由调合所有特殊利益所组成的普遍利益。政府依法行事的责任似乎限制了官员们利用公共权力谋私的能力以及使之作为人身压迫工具的能力。它把最低限度的自由与安全和人们之间在财富、权力和知识方面存在的广泛差距结合在一起。由相对独立的职业团体所操纵的专门机构对法律的解释，这种解释浸透了自己的论证技巧，保证了其权力受到法律限制的那些人并不能最终决定法律的意义。

下一章我将会更为详细地说明这些命题，并且会进一步解释我在这里开始描述的理论分析。不过，此刻，我关心的问题有

所不同。到目前为止的论据强调了合法性或说证明的问题，而不是各集团之间为争夺权力展开的实际斗争。它只说明了法律秩序为什么是必要的而不是它究竟如何产生。纠正这一缺陷的方式就是集中精力探讨欧洲封建社会后期多元集团所采取的特殊形式。因为，正是在这一时代中，法律秩序才得以首次问世。其中具有决定性意义的事件就是：已经确立的贵族或新出现的“第三等级”，它由商人和职业集团所组成，在保持和获得其摆脱君主及其官僚助手的独立性方面的成功。尽管这些成功颇为有限和具有过渡性，但是，若没有它们，法治理想就不会在现代西方赢得这样一种突出地位。

我用来揭示这一事件对法律秩序发展之意义的方法将是假设的利益重构。我的目的是确认，在既定的结构和思想体系内，什么是一个群体对某些问题的本能倾向？它有理由担心以及希望什么？然后，我将比较根据这种假设而发现的结果和已知的事实，即这些在不同历史背景下如何处理这些问题。这一步骤代表了一座临时修架的桥梁，它有助于人们跨越关于社会的一般理论与对特定事件的认识之间存在的鸿沟。 71

如果一个国家的统治者只是一小撮人，如君主以及他的家族或顾问们，他们必定乐于发展规则性的法律。借助于强制实施的公共的和实在的规则，他们可以希望相当长期地控制遍及其广大的领土范围内的各种人的生活。更重要的是，这种法律会成为官僚组织的工具、确定那些保证执行君主政策的原则，以及为其助手们提供内部的秩序。

不过，统治者并没有直接和明显的利益来要求自己和部下受制于法治理想所暗示的限制政府行为的规定。他想把立法的普遍性和适用法律的一致性仅仅作为追求行政效率的权宜之计，一旦从长远政治利益考虑，认为它们是不方便的，这些规则

就会被抛弃。同样，君主更愿意把他颁布的规则看作是强加他自己政策的需要而不是什么不同集团间信念和利益的平衡。君主将时刻警惕其助手要求本机构脱离他而自治的倾向，以及他们运用旨在限制其自由裁决的判决方法。

的确，由于官僚本身时刻注意保护自己的特权，就不得不进行两条战线的斗争：一方面，渴望扩大自己对大众的控制；另一方面，它也想获得某种摆脱君主控制的独立性。因而，除了对法律秩序的出现表示敌视之外，还能期待它表示什么呢？法治不仅强加了对君主的那些权力的制约，而且也强加了对行政官员的权力的制约。虽然一个专业化的法律职业集团，在不太明显的意义中，也属官僚，但是，他们的存在毕竟打破了官僚阶层对政府职位的垄断。

72

这样说来，假设的统治者及其助手们的利益重构并不能说明他们会有什么理由引导官僚法向一个与众不同的法律秩序理想发展而去。不过，这一结论倒是与上述令人困惑的事实颇为一致，即法治，与官僚政治不同，是一个仅仅在非常特殊的条件下产生和存在的罕见现象。

在现代欧洲的历史上，中央集权的君主不得不反复地与至少两个有影响的集团较量：贵族和第三等级。在有的国家中，例如英国，贵族先是被改造，然后就与中产阶级的某些部分融合起来。在有些国家中，第三等级的大部分精英都被吸引去为君主服务，如革命前的法国和普鲁士。在专制主义发展的某个阶段，君主几乎接近于完全扑灭贵族和第三等级的反对火焰。但是，只要是坚持法治的地方，贵族、第三等级或两者结合在一起，就会通过促使政府承认他们的权力或是直接参与政府事务而在限制王权方面发挥重要的作用。例如在俄国，沙皇个人的专制几乎粉碎了每一个独立的迹象，然而，即使是在斯别兰斯基的首创

行动和 1864 年的改革之后[22]，一种法律秩序的观念还是一小批自由主义者的尚未完成的大任。

尽管如此，要想认识君主、贵族和第三等级间的斗争产生了法律秩序的准确方式，绝不是件轻松的事情。因为，个别地看，贵族和商人不会比君主以及他们的官僚有更多理由赞成法治。

贵族主要关注的是：保护其古代所遗留下来的特权，使其免受其它集团的侵害。它想要维持与其在等级制中的位置相连的社会特权和政治权利。确认这些权利的传统的原则和惯例与习惯颇多相似之处：它们是默示的、不成文的规则，这些规则的效力高于官方的权威。然而，就其本质而言，它们对立于法律秩序的必须体现的形式上的平等的精神，因为，它们属于这样一种社会生活形态，在其中，每个等级都具有自己独特的权利和义务。因而，发现如下事实并不能让人吃惊，没有什么纯粹的封建或贵族社会曾经发展出现代西方意义上的法律制度。 73

实际上，一般说来，第三等级，特别是商人集团也同样没有什么理由支持法治。虽然，人们往往认为，在市场经济中，交换关系的发展所依赖的一个因素就是商人能够依据已经确立的惯例和法律而进行贸易活动，而这些惯例和法律则可以使商人们以某种程度的确定性和准确性预测其履行或放弃协议的经济后果。可以说，在商人们不能预计政府权力将如何运用以影响其

[22] See Hans-Joachim Torke, *Das russische Beamtentum in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunders in Forschungen zur Osteuropäischen Geschichte*, ed. Mathias Bernath et al. (Berlin, Harrasowitz, 1967), pp. 285—309; Marc Raeff, *Michael Speransky, Statesman of Imperial Russia* 1772—1839 (The Hague, Nijhoff, 1969), p. 45; Richard Wortman, "Judicial Personnel and the Court Reform of 1864," *Canadian Slavic Studies* (1969), vol. Ⅲ, pp. 224—234; and Friedhelm Kaiser, *Die russische Justizreform von* 1864. *Zur Geschichte der russischen Justiz von Katharina Ⅱ* bis 1917 (Leiden, Brill, 1972).

交易和财产的地方[23]，无市场的合理性可言。当资本主义在传统的伦理准则和宗教信念的背景下发展时，例如在欧洲，由于上述准则和信念实际上谴责了发展资本主义所需要的行为，因而，对明示的、清楚的、标准的需要也就愈发迫切。例如，交换价值必须取代习惯性价格，对高利贷的禁令必须解除以便鼓励不受限制的逐利动机[24]。

然而，这些都不足以说明商人集团为什么会创制或支持法律制度。实际上，由于商人集团有充分的脱离国家管理自己事务的独立性，而商人活动又往往相当集中地在他们自己的社会内进行，因而，他们实在没有理由拥护一个由政府官僚和政府的法院所发展起来的法律。对他们更好的倒是依赖那些在商人集团内部确立的规则、法庭和非正式的控制措施。与那些由高高在上的统治者制定、由博学的法官适用的原则相比，实际上，这种商法有更好的机会对贸易需要作出实质性的反应。而且，商人们更易于理解和预测的是商人法庭所做的判决，而不是期待神秘的法律分析和律师在协调对立利益时所得出的结论。

假设的结论这时再一次与历史发展的明确趋向相吻合。只要商人集团形成并获得哪怕是摆脱中央政府的有限的独立性，例如，在中世纪欧洲和伊斯兰世界，在日本和以古代希腊罗马为代表的地中海文明中，商人们就在国家官僚法的旁边奋力发展他们自己的组织和自己的法则[25]。只是在现代欧洲才出现了突破性发展，它使得把两种法律融合为一个不同于这两者的法律

74

[23] See Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 487—488.

[24] See John Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge, Harvard, 1957), pp. 365—376.

[25] See Levin Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts* (Stuttgart, Enke, 1891), pp. 124—131.

秩序有了可能。

如此说来，从自身的利益看，统治者及其助手、贵族和第三等级都不能解释使法治制度化的种种尝试。为了追求一个满意的解释，人们必须抛弃静态地分析处于孤立状态中的不同社会集团利益和观点的作法，相反，人们应当采取动态的观察方法，去分析在争夺权力的斗争中，集团之间的相互作用和彼此适应的方式。

在许多欧洲社会中，统治者（君主）和第三等级除了相互斗争之外，它们还联合起来共同反对贵族和等级制本身。相对有影响的中产阶级的真正出现往往被认为是如下事实的后果，即只有在商人集团和职业集团有充分的时间于封建秩序解体的缝隙中发展起来之后，政治上的中央集权才有力量迅速和广泛地压服贵族。在某些西欧国家中，君主并没有足以完全破坏第三等级独立性的充分权力，可是，第三等级也往往过于软弱以至于不能获得或维持对自己利益的自治。可是，君主和第三等级又往往得向贵族做出让步。因而，彼此冲突的各方不得不选择一个次佳方案。这样，虽然在某些国家更为明显，但不管怎么说，自由主义国家是建立在君主制官僚政治、贵族特权及中产阶级利益这三者之间的妥协之上的。这种妥协对法律来说具有关键性的意义。 75

虽然，君主和官僚并不希望自己在实施法律时受到一个警惕性十足的司法机关的监视，也不相信立法中集团相互协调的纲领，但是，鉴于前面列的理由，他们不能放弃一个公共的和实在的规则体系。而贵族则只愿意维护自己的不成文宪法而不愿意置于法律秩序之下，这一秩序暗中破坏了他们自己的特权与其它等级权利的区别，但是，他们负担不起被剥夺可使其反抗君主侵害的法律保护的后果。与法治的形式相比，他们更愿意某

些形式的自治。不过,考虑到他们的政治和经济利益,他们需要那种在其尚未成为国家主人时可以免受君主侵害的防卫措施。至少,需要一堵墙,尽管它颇为弯曲又很是透明,但是,它不得不保护市场免受政治因素之侵害,保护个人免受官员们的人身奴役。这堵墙就是法律秩序。

为此,统治者不得不放弃一些自由裁决的权力,而贵族和第三等级则需要放弃某些摆脱政府的独立性。正是通过这种相互的调和和让步,法律秩序才得以出现。当我们研究在欧洲导致法律秩序产生的各种事件时,我们就会了解这一进程表现的种种迹象和它所经历的各种阶段。这些事件包括:法院与政府部门的斗争、司法技巧与无情的行政管理技巧之间的斗争,使政府依附于社会和把社会附属于政府这两种倾向的斗争。就有关各方而言,法治,就像生命保险和自由主义本身一样,只是在恶劣环境中做出最佳选择的尝试。

76

自然法

法律秩序得以产生的第二个主要条件就是存在一种广泛流传的信念,在不那么严格的意义上,可称其为自然法观念。它包括了一些把规则与描述结合在一起的、普遍适用于各种社会形态的原则。它具有习惯的某些特点,例如,无视事实与价值的区分、不自称是人类深思熟虑的产物等等,然而,在如下方面,它又与习惯截然不同:如规则的普遍性,它断言的适用范围的普遍性以及它所依赖的权威的学术性和宗教性。

自然法观念还是解释性的科学法则概念[26]的一个主要渊

[26] See René Descartes, Letter to Mersenne of April 15, 1630, *Oeuvres de Descartes*, ed. Charles Adam and Paul Tannery (Paris, Vrin, 1969), vol. I, p.145; and Edgar Zilsel, "The Genesis of the Concept of Physical Law," *The Philosophical Review* (1942), vol. LI, pp.245—279.

源。而其直接的政治意义在于，它能够提供一种用于评价国家法和限制政府权力的普遍性的准则。

高级法概念的一个可能的渊源就是多元文化的经历。例如，在公元5世纪，希腊人就逐步认识到，那些不能轻率地斥之为原始的社会形态珍视不同的乃至相互冲突的习惯。这一爆炸性的发现号召人们去探讨建立在人性基础上的普遍行为原则，这一原则潜隐在不同的习惯背后，并且作为评价这些习惯的标准而发挥作用。在探讨这些核心规范的过程中形成的哲学观点被罗马法学家用来发展出一种万民法（ius gentium）。这一全人类共同适用的法律与自然法理论的紧密关系，以及与商业性需要的紧密关系已经是人所共知的事情了，不过，关于联系的准确本质尚存许多争论。 77

对自然法观念的另一支持来自超验性的宗教。既然，这一因素在发展现代法律观念和机构的过程中发挥了特别重要的作用，我打算在讨论自然法观念与法律秩序的关系问题时以此作为重点。

一种超验宗教之核心就是：相信世界是由人格化的上帝依据自己的设计而创造的[⑳]。因而，超验性宗教的特殊二元性就是上帝和现实世界。由于世界是被创造的而不是自然形成的，因而，它并不能充分分享其缔造者所具有的神性。然而，合法的宇宙表现了神圣立法者的本意。

不过，这种观点明显不同于现代的自相矛盾地否认自然中存在着一致的观点。不仅如此，它还不同于许多中国人、印度人或佛教徒、古代希腊人宇宙观的认识，他们大都认为，世界具有

⑳ See Harry Wolfson, *Philo* (Cambridge, Harvard, 1968), vol. Ⅱ, pp. 439—460.

一种内在的、非人力所创造的模式。在他们看来,根本的对立是现实的秩序与混沌错觉之间的对立,是世界的隐蔽真理与世界的外表之间的对立,而不是典型的超验观点的天堂与地狱的区别。中国人的"道"(tao),佛教徒的"空"与"色"(sunyata, miasma),以及柏拉图式的"理念"科学和"意见"纷争等认识都体现了这一虽然简单但却颇有影响的观点。

几乎总是这样,超验的宗教一直就是拯救灵魂的宗教。我是说,它们把至少两个神学信念附加在神创世界的基本教义之中:所有的人都有根据上帝形象而制作的一种不朽灵魂,它虽然不同于肉体,但并不必然地与肉体分离;上帝涉及到历史中的人的观念,这至少可以使某些人永生[28]。由犹太教、基督教和伊斯兰教所代表的闪族的一神教既是这一世界观的渊源又是它的载体。然而,在这些宗教中,一直就存在重新主张内省性的潜流,这在基督教的神秘主义、犹太教的神秘哲学、伊斯兰教的苏菲主义等思潮中特别明显。

人们常说,一般地说超验宗教、特殊地说拯救灵魂的宗教还是人类宗教观念发展中的一个阶段。不过,如果抛弃所谓的发展字眼而主张某些社会或多或少地处于宗教的超验方面之外倒是更加准确:要么它们根本就不能发展出这样一种宗教,要么它们就使其处于附属性地位。

这种虔诚的宗教与支持法律秩序的信念和机构之间存在着密切的联系。一旦我们理解了这种联系的特点,我们就能够更加深刻地认识意识形式与社会组织方式之间那种更为普遍的关系。

一种超验的宗教事实上不仅是一种对世界的认识,而且还

[28] See Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 319—321.

包括着一系列的机构、仪式和不同的教派。与所有其它的社会性现象一样，它既存在于心灵之中也体现在行为之内。为此，我先来说明，作为一种信念，这种超验宗教对法律所发挥的影响，然后，我再来讨论它作为仪式和机构的重要性。

实际上，法律概念本身就表明了法律秩序与超验宗教的宇宙观之间的某种联系。因为，自然界和社会生活中的规则观念就是如下信念的内在组成部分，即上帝根据自己的计划创造世界。不过，也只有在这一信念广泛流传的社会里，这种规则观念才得以产生。

根据神法而建立世界政府的理论也许就是对于远古时代人类统治者依据其命令统治其臣民这一图画的推论[23]。但是，从人法向神法的过渡一旦发生，人法的概念就不再会维持原样了。这时，社会被看作是宇宙秩序的一个组成部分，而社会的规则或多或少地是上天制定的规则的忠实模仿和结论。这些神的戒律先于任何人的意志指导的行为而存在，它们既描述了发生什么事情又确认了什么是应当的行为，它们根本不考虑描述和规定的区别。而且，由于上天的立法者超越并脱离了时间的限制，因而，这些神的戒律适用于不同的社会和时代。因此，也就形成了不同于，并且高于特定社会集团习惯和尘世统治者命令的自然法或说高级法。人类的实在法只是使高级法抽象的指令具体化，或将其适用于每一个社会的特殊条件而已。 79

对自然法与实在法关系的上述认识，对于法律秩序的自治性和普遍性而言具有关键性的意义。由于高级法具有一种神圣渊源且因此超越时空，它就被人们看作是评价一切社会制度的

---

[23] See Hans Kelsen, *Vergeltung und Kausalität. Eine Soziologische Untersuchung* (The Hague, Stockum, 1941), pp. 280—281.

类似于古代提水设备支点的东西。它既不是一系列在日常生活中逐步结合在一起的相互作用的行为标准，也不是统治者为应付特殊情况而规定的一系列命令。相反，它是一种超越社会全体的规范秩序，就像上帝超越整个世界一样。

幸亏由于自然法观念的发明，对社会安排进行激烈批评才第一次有了可能。伴随着普遍的自然法则观念，一种潜在的革命原则也就问世了，说得明白点就是，人们熟悉的社会组织与存在形式并不能穷尽一切好的或可能的社会存在状态。为了接受超验宗教的宇宙观和与其有关的高级法概念，人们必须使自己拥护那种其效力具有普遍性和客观性的标准，而不是他们自己意志的产物[30]。

就人法试图分享高级规范秩序的特点而言，它也必须是摆脱主权者主观意愿和特定社会习惯的相对自治的领域。当然，还应当解释这些主观愿望和习惯，不过，这必须有助于解释特定历史条件下究竟由什么组成或显或隐的抽象的自然法则。因此，相信上帝规定的行为准则的存在必然支持如下的信念：通过接近神圣的模式，实在法变得愈完善，它就愈不愿受具体时代和地域实践的限定。它的规则应当具有某些关键性的脱离政治和习惯的独立性，另外，这种独立性要求专门的机构、职业集团和话语模式。如此说来，走向某种认可法治理想的社会意识的道路已经铺好。

---

[30] 有两点需要说明：第一，自然法的普遍观念不应与现代欧洲自然权利理论相混淆，后者，我将在后面讨论；第二，尽管具有革命性的潜在的意义，但自然法观念可以而且通常服务于使已经建立的权力合法化。关于第二点见 Franz Neumann, *Types of Natural Law in The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*, ed. Herbert Marcuse (Glencoe, Free Press, 1957), pp. 69—91。

对于一种法律制度来说，超验性的宗教为普遍性理想的确立贡献多多。由于人们相信自然法适用于一切国家和时代，因而，自然法命令的戒律必须适合非常广泛的不同种类的人与行为。因此，规定实在法规则中的普遍性和适用规则的一致性也就成为效忠于高级法的证据而不是行政上的权宜之计了。从这个角度看，赋予模糊的普遍性和一致性概念以具体的内容成为政治和法律思想的主要内容也就不奇怪了。

除非拯救性宗教的神学理论可以区分出上帝的选民和上帝的弃儿之间的差别，否则，它将趋于断言，所有的人都具有根本价值的平等性。而此一属性又来自于无处不在之天父。实际上，这种神学理论从根本上破坏了基于社会等级而决定个人权利与义务的每一种规则体系的合法性，因而，它特别重视法律的普遍性。然而，问题在于，这种平等价值的宗教观念所体现的政治和法律意义却是无可救药的模糊，而且，它的模糊性还导致了拥护法律普遍性观念的双层含义。

81

有一种观点认为，一种抽象的普遍性满足了平等价值的理想。法律在人和行为种类方面所作的区分愈少，它对平等价值的理想也就愈尊重。基于同样的规则，具有相似的权利和义务的人们一直被认为是平等的，当然，他们的实际社会经历以及接近权力和财富方面的程度上有很大的差别。从这个意义上讲，平等的价值就转化为形式上的平等。

可是，另一种观点认为，人们的道德平等必然要求他们实际社会处境的平等化。为了实现实质意义的平等，人们不得不区别地对待不同地位的人们，例如，赋予那些受冷落的群体以某些特权。这种区别对待表明对形式平等的理想的背离，并且反对这种理想所暗含的普遍性概念。不过，平等和普遍的双重意义的重要性将在第三章愈发明显。目前，我们只要把如下一点作

为这一命题的条件就够了，即平等的宗教观念导致了根据普遍规则而强调形式上的平等对待。

到目前为止，我已经指出了作为意识模式的超验宗教与那些使法律秩序成为可能的信念之间的关系。现在，让我通过指出这些宗教所选定的制度化的形式如何影响了法律制度的出现而完成上述的讨论。

超验宗教依赖于机构的有效性，它能够维持其内部的统一 82 并捍卫自己的存在，而且，它的教义必须权威性地确立和普及。正是从调合上帝旨意和人类行为的需要中才产生了对某种稳定的宗教组织的追求和宗教预言的可能性。

先知表达上帝的旨意。先知那种确立了政治和教会权威的至关重要的面对面的独立性只不过是从历史实际出发而求助于神圣理想的一种外在形式，而超验观念又为宗教的想像力大开方便之门。正如韦伯所指出的，先知所提出的革命性威胁与牧师渴望的稳定之间的冲突是拯救性宗教历史上一种基本的和反复出现的矛盾现象[31]。

教会机构、牧师或是管理它们的学者们提供了一种基本的框架，它在抑制可能造成分裂的异教的同时，维护了宗教团体的统一。就本文而言，更重要的是，他们系统化了神圣戒律。经过专职牧师的精心安排和巧妙解释，自然法就变为明确定义的神法体系。正是为了与这种神法体系和维持它的机构、方法及信念保持一致，我们必须经常寻找对尘世法律制度的适当理解。作为这种体系的一种背景和产生了许多不同特点的渊源，神法

---

[31] See Max Weber, *Das antike Judentum in Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (Tübingen, Mohr, 1971), vol. Ⅲ, pp. 397—400 对预言的教士式的监督可以被制度化，例子见 Adolphe Lods, *Les Prophètes d'Israel et les Débuts du Judaisme* (Paris, Renaissance, 1935), pp. 65, 166—187。

确实优于初期的立法。这是一种最常见的有组织的实在法体系的例子,它既不同于习惯所体现的隐蔽的标准,也不同于官僚规则或显或隐的任意命令。

伊斯兰法(shari'a)、印度的"法论"、犹太教的"宗教律法"(halakhah),甚至罗马神法(fas)都表现了教士法体系的特殊的稳定性和影响,当然,它不一定都与超验宗教有关系。然而,就大多数情况而言,神法从来也不是具备普遍性和自治性的世俗法律制度的基础,因为,它从来就不能克服与宗教的完全等同及对教士的依赖。可是,它继续与一种多少与众不同的官僚法领域并肩发展,该领域的问题不同于神圣戒律所涉及的问题而只是响应着统治者的便利。只有现代西方才发展出了一种不依人们的社会等级而分配权利、义务的法律制度。这种法律被认为是建立在上帝规定的自然原则基础上,但又由于其世俗的特点而不完全等同于这种原则。

83

如此说来,虽然超验宗教可能是自治法律制度得以产生的一个必要条件,为其奠定了根本性的意识模式的基础,但是,它仍然不足以充分说明法律制度的产生。为了了解法律制度究竟如何及为什么产生,人们还需要把社会因素和神学因素结合起来考虑,不仅研究自由主义国家的环境也要研究超验宗教的含义。总之,它们之间的相互作用既是互补的又是矛盾的。

一旦国家的实在法规则丧失了与高级法的所有联系,并且仅仅被视为是权力斗争的产物,会产生什么情况呢?当促成了它们诞生的宗教观念衰亡时,法律的普遍性和自治性理想还能继续生存吗?法律制度是否称得上是社会的过渡性特色呢?在这些社会中,神的秩序和政治秩序相互分离,尽管尚未完全脱离。

自由主义社会与高级法观念

就自身而言，无论是多元群体还是被超验宗教所论证的、对一种更高级法律的信念，都不足以造就一种法律秩序，也不足以84 把人们的精神扭转到法治理想上来。然而，它们在近代欧洲历史上的结合却能够产生它们各自所无力创造的伟业。

若是任其自由发展，超验的神学就会声称神法独立于政治和习惯。不过，通过主张法律与宗教和道德的分离以及创建世俗法院和世俗法律职业还不是把这种自治性推进到极端的理由。的确，当实在法还仅仅是教士手中的神法时，它可能会由于自己的僵化而倍受折磨。这种僵化使它不能成为一种彼此对立的社会利益之间实现妥协的调节器。

如果缺乏普遍性法律和与生俱来的权利这一类概念，多元利益集团没有必要产生用法治解决社会秩序问题的愿望。相反，它会偏向于这样的政体，它通过灵活的利益平衡而运作，同时不区分行政与立法，以及司法与行政。在这种政体中，既没有对多数权力的限制也没有本身就值得争取的形式平等概念。这时，只是出于行政的效率的考虑才可能会限制官方决定的利己主义倾向。无论多么具体，每一个问题在原则上都会根据当时当地政治力量的对比而加以解决。

但是，一旦超验宗教意识的后果和多元集团的后果相结合，它们就会互相调合。自由主义国家需要一种特别世俗的法律以反映变化中的社会价值和权力关系。它已预先假定，社会中没有一个集团可以享有接近宗教和道德真理的特权，而且，就其伴随市场经济这一点而言，它也要求抛弃那些反商业的宗教禁令。

85 对高级的、神圣的法律的深信不疑，特别是在与上帝面前人人平等的观念相结合时，上述信念把实在法视为一种普遍的标准。通过支持这样的信念，即有些权利是政治决定不应忽视的，它还为多数人的选择确定了限制。

在西方，通过这两种必不可少的因素的结合而形成的古典哲学命题就是现代自然权利理论和与其相关的"公共的自然法理论"[32]。通过强调存在着高于国家权力的普遍的权利和规则，自然法理论为欧洲文明中的超验因素提供了发展的机会，然而，它也承认社会多元化的含义，因为它逐步地把自然权利看作是在绝对自由的领域内个人行为的权力，而不是什么确定实质利益的权利。反过来，它又导致这样的认识，权利不是社会的一套特殊安排而是一系列解决冲突的程序，这个认识后来成为许多西方政治法律思想的核心观念。

不过，自然权利的命题渐渐地被最初曾赋予其生气的那些矛盾给毁了。它的超验的、宗教的方面要求普遍而固定不变的规则；而它的多元的世俗的方面则要求它们是特殊的和灵活的规则，就像利益平衡所授权的那样。前者力图把法律神圣化为超政治的领域；而后者却希望把法律作为一套规则完全世俗化，其制定和适用完全依据如何才能最好地实现人们所渴望的政治目的而定。

这种对立以一种模糊的权利概念的形式而体现在自然权利的体系中。证明了基本权利合理性的原则是不是不会贬值的神圣戒律呢？或者，相反，它们是不是指出了社会应当如何规定以实现某种公认人类目的的指导原则呢？只要这些目的有所改变，或发现了更好的实现目的的方法，这些原则就应当有所调整吗？

86

即使自然权利理论被剥夺了其宗教的合理性而代之以实证主义的主张——国家法是一切权利的渊源，古典命题中的模棱

---

[32] See Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago, Chicago, 1953), pp. 165—251.

两可仍然会以其它形式继续存在。现代法理学把法律看作是授予个人稳定的权利和义务的规则体系。然而，它也日趋承认，一条规则的具体含义，或说一种权利的范围是根据如何才能最好地实现规则背后的目的这一原则而决定的。可是，问题在于，所有这些有目的的判断都是利己的、不稳定的。就目的而言，实现它的最有效方式也会因地而异，况且，目的本身也是复杂的和变化不定的。虽然，自由主义国家的多元化与超验宗教的偶然相遇有助于法治理想的形成，但是，它们之间的对立却最终损害了理想的内聚力和体现理想的制度的稳定性。

中国问题：一种比较分析

假说

我所描述的理论框架初步回答了这一问题，即法律秩序从现代欧洲传遍全世界之前为什么会在现代欧洲发展起来，或更准确地说，为什么仅在现代欧洲发展起来？我们看到了这种新型的规范秩序是如何被一种惟一的和严谨的认识世界方式及组织社会关系方法所紧紧制约的。这种历史状况的两个深刻特点是：(1)社会阶层中稳定的等级制的破坏；(2)一种新的认识，即自然界和社会虽为上帝亲手所做，但却又脱离了上帝或在他面前隐蔽起来。

87 探讨法律秩序的历史基础的努力迫使我们澄清对法律秩序在其中得以产生的社会之基本特点的认识。当然，在其它文明形态中，我们也会发现某种导致了多元集团产生，导致某种超验的世界观的社会变化，这种世界观通常与解释系统的神法体系

相关联。但是,在这些文明形态中,这两种因素并未结合在一起,也没有通过它们彼此之间的相互作用而产生现代的法治。

如果我们能够发现一种文明形态,有时,它不知道法治理想而满足于官僚法,我们就能够检验和提炼这一最初的假设了。

在这样的社会中,我们可以发现社会与国家的分离,早期社会共同体的分解以及发现可以解释公共的、实在的法律得以发展的若干因素。但是,我们不能预先确定社会秩序的具体形态以及与自由主义国家、超验宗教结合在一起的观念形式。

我所指的文明就是中国文明,特别是从春秋开始到秦统一及公元前 221 年建立秦帝国这一时期的中国文明。这里,我们似乎看到了这样一个社会,它经历了突然膨胀起来的、对作为政治控制工具的公共、实在规则的依赖。近而,在这种新的社会秩序工具的倡导者和批评者之间发生了热烈而持久的争论。可是,问题在于,向官僚法的转变并未伴随着类似于后封建时期欧洲社会那种专业的法院、律师和法律理论那样的东西。即使拥护国家强制性规则的人们也不会对法治这种政治理想作些什么。从这个意义上讲,作为一个反例,与中国的比较,有希望深化我们自己对社会组织模式、意识形式及规范秩序之间复杂关系的认识。 88

我的比较将通过三个阶段的分析而完成。首先,我要考虑公共的实在的规则根本不起作用那一中国历史时期的特点。其次,我要指出强调公共和实在规则与人们认识和组织社会方式的变化之间的关系。此外,这还可以作为一个机会来审视中国缺乏一种真正的法律秩序的条件。比较研究的第三个阶段将会说明,在这个历史时期,不同类型法律之社会和文化的前提这个问题如何反映在两种思想流派——儒家和法家——的争论之中。

早期中国的习惯和"封建主义"

我的讨论将通过比较早期中国历史上的两个阶段而开始。遵从惯例，第一阶段姑且称为封建时期，即使其中暗含的与欧洲封建主义的相似在许多方面都不准确。这一时期包括了西周的大部分，即（1122—771 B. C.）以及随后的春秋的部分时期（772—464 B. C.），大致上截止于公元前6世纪中叶左右。第二阶段可以称之为改革时期，因为它经历了导致社会规范秩序广泛修改的社会组织和观念的变化。我们主要关心的就是这种变化的本质和含义。这一改革从春秋中叶始，经战国（463—222 89 B. C.），直到秦于公元前221年的统一，这种统一为帝国的建立奠定了直接的基础。

在区别和比较社会历史的这两个阶段时，人们希望避开镶嵌在浩瀚史籍中的大多数争论而把精力集中于标准解释的主要轮廓。问题在于，如果我们把这些解释视为理所当然的东西，我们又如何利用它呢？对于理解这一时期的典型的法律形态而言，最重要的方面就是它的政治组织、赋予这种组织特色的社会等级之间的关系，以及占支配地位的宗教观念[33]。

当代的中国学者有一重要的争论，即始自公元前12世纪西周的政治上的中央集权制到底持续了多久。不过，大多数学者都认为，在春秋开始之前，一种大致上可以被称为封建的政治秩序

㉝ 我主要参考了如下著作：Otto Franke, *Geschichte des Chinesischen Reiches* (Berlin, Gruyter, 1930), vol. Ⅰ, pp. 133—178; Henri Maspero, *Le régime feodal et la propriété foncière dans la Chine Antique in Mélanges Posthumes sur les Religions et l'Histoire de la Chine* (Paris, Musée Guimet, 1950), vol. Ⅲ, pp. 111—146; Marcel Granet, *La Féodalité Chinoise* (Oslo, Aschehoug, 1952); Derk Bodde, *Feudalism in China Feudalism in History*, ed. Rushton Coulbourn (Hamden, Archon, 1965), pp. 49—92; Wolfram Eberhard, *Conquerors and Rulers. Social Forces in Medieval China* (Leiden, Brill, 1965); 以及 Herlee Creel, *The Origins of Statecraft in China*, Vol. Ⅰ, *The Western Chou Empire* (Chicago, Chicago, 1970).

形式已经在中国牢固地确立起来了。因此，当时存在着伴随兼并战争而不断扩大的等级封地，而这些封地又导致领土的集中。由于不能建立一种有效的政治组织制度，或者不能抵抗半野蛮民族的入侵，当时的国王被迫成为只具有象征意义的统治者。在持续的权力斗争中获胜的总管就成为国王的家长或是宰相。

封地一般分布在要塞周围，而要塞既是军事堡垒又是行政中心。不过，特别值得注意的是，它们并非主要的贸易中心，也缺乏任何意义上的独立性。相反，每一个要塞城镇都处在地方贵族的控制之下，这个城镇的命运与该城镇只是其中一部分的封地不可分割地联系在一起。

封建的组织机构建立在耗费自然资源的农业经济背景之中，在这个背景中，灌溉和保卫的需要已经开始发挥了集中化的影响，另外，组织机构还建立在贵族领主及其下属——“士”之间的相对固定的战争行为之上。为了了解政治秩序如何运行，我们必须考虑封建时期的第二个方面，即等级制度。 90

像欧洲封建社会和等级国家(Ständestaaten)一样，古代中国有两个基本的社会范畴：贵族(古代中国称之为君子)和平民(古代中国称之为小人)。贵族主要是些皇亲国戚及大庄园主，作为社会中的统治集团，他们控制着大部分封地，还有就是“士”。古代中国的“士”类似于西欧的骑士、日本德川时期的武士(samurai)和罗马共和国初期的骑士(equites)。但是，“士”的独立性较之第一集团(王室)为少，其自信亦逊于前两个集团(王室和总管)。不过，“士”却在标志着改革时期的重大变化中发挥了举足轻重的作用③。

---

③ But see Herlee Creel, *The Origins of Statecraft in China*, vol. Ⅰ, pp. 331—335.

就本文的目的而言，记住下列一点就足够了，即“君子”是根据等级和世袭条件而从内部组织起来的。尽管，严格意义的氏族组织在多大程度上符合中国社会的集团还是一个仍有争议的问题，但是，可以肯定的是，作为分配权力和财富的标准，作为支持家族种种美德的支柱，如子女的恭顺，群体的合谐等，血缘关系具有压倒一切的重要意义。

贵族下面，还有大量的平民，其中大部分是以自己的劳动交换食品和衣物的无地农奴。我们对奴隶的本质和他们受奴役的程度所知甚少，不过，沦为奴隶似乎愈来愈多地成为对罪犯和政治斗争失败者的惩罚。

与缺乏独立的城市中心和农业的主导地位密切相关，这种社会制度的一个关键特点就是商人明显的依附地位。鉴于在中世纪的欧洲，城市通常是自治的商人集团的独占区，而在中国，商人不在君子之列。

91 对中国封建社会的这种初步描述还可以参考宗教观念的典型模式而加以完成。该阶段正如中国历史后面的阶段一样，人们可以区分四种主要的宗教体验：泛神论，它的崇拜与对国家的崇拜紧密相系；功能神论或所谓自然灵魂；对某种神秘的或魔幻自然现象的地方崇拜；祖先崇拜[⑤]。关于普遍神性的信念对于研究变化中的法律概念来说至关重要。

即使在早期中国历史的这个阶段上，一神论也是统一功能神论的结果，具有特殊功能的神则表现了社会依赖的自然力的恩惠。实际上，伴随着政治上的中央集权而迅速出现的语言、文化的统一，还鼓励了这种过早发展起来的对统一的神观念的追

---

⑤ See C. K. Yang, *Religion in Chinese Society* (Berkeley, California, 1970), p. 106.

求。

封建阶段的宗教对于泛神论有双重影响。这种双重性来自于人们对神的两种称谓，即“上帝”和“天”。“上帝”这一称谓只是渐渐地被“天”这一称谓所取代了[③]。“上帝”一词强调了神的人性或拟人化的特点，并且使它与世界的关系类似于统治者与其统治下的社会的关系。由于近东地区的超验宗教，人们对这一类比还是熟悉的。可是，把神称作“天”则要强调神的非人化或自然主义的特点，而且，由于赞同神存在于宇宙万物之中的内省性宗教观点，“天”还要否认神与万物的区别。实际上，上述两种对神的认识反映了两种根本不同的克服多神论及统一对神的认识的方式，即权力人格化和自然神化。

如果一个社会的主导形象就是统治者治下的中央集权政治，那么，它的宇宙观也不过就是社会秩序观点的扩大化。因此，神也就成了最大的军阀，并渐渐地成为立法者，其典型就是早期犹太人的“真神”(Yaweh)。这样一来，向超验宗教发展的大门也就打开了。这种神学观点的一个直接渊源就是向政治统一过渡的具体经历。 92

但是，若要促成一种真正的超验一神论，权力的集中化还必须结合别的因素一同工作才行。这一因素大概就是如下的观念，即君主或主权者可以任意地控制或重新规定社会秩序。从这个角度看，神就是最大的国王。或许决定性的条件就是田园风格的经济状况，在其中，人与决定其生活的最重要的自然因素的关系就是一种监督与权力的关系，神对人就像牧羊人之于羊群。这两个

---

③ See Alfred Forke, *Geschichte der alten chinesischen Philosophie* (Hamburg, Friederichsen, 1927), pp. 39—46; and Joseph Needham, *Science and Civilisation in China* (Cambridge, Cambridge, 1969), vol. Ⅲ, pp. 580—581.

因素在发展超验神学观点的进程中发挥了一种重要的作用[37]。

可是，如果社会意识的核心是人对其身内身外自然力量的依附，那么神与自然就会等同、泛神论就会取代多神论。就是说，神表现自然而不是创造自然。在这种情况下，内省性宗教还会存在，只不过具有了新的形式。自然的因素被认为是生来就存在于一种非创造的、无时间性的也许还是隐蔽的现实中的一个更大结构中的组成部分。

这一时期的中国文化有一个值得注意的事实，虽然这两种根本的宗教体验已经广泛传开，但是上述两种宗教观念都处于初级形态。不过，实在看不出来这时的中国为什么没有发展出一种超验宗教。如何以及为何优先于权力的人格化，将是我对这一转型期的分析中的一个关注点。

关于封建政治，它的等级制度，它的作为讨论其规范秩序基础的宗教我们已经说得够多了，这种秩序最惊人的特点似乎一直就是排它性地相信习惯。它不知道成文规则或法典为何物，而居于统治地位的王侯们的自由裁量权似乎又一直受到最严格的限制。

"礼"的概念充分体现了中国封建社会中法的含义，而且，"礼"支配儒家思想的全部观念。且不说"礼"的观念是不是后期儒家思想家的发明，总之，后人用"礼"的观念易于描述许多与当时规范秩序不同的东西。通过审查"礼"的观念所描述的若干种规范的特点，通过了解这些特点与封建社会及其文化的关系，我们就可以加深我们对相互作用的法律的理解[38]。

[37] See Joseph Needham, *Science and Civilisation in China*, vol. II, p. 576.

[38] See Benjamin Schwartz, *On Attitudes Toward Law in China* in Milton Katz et al., *Government under Law and the Individual* (Washington: American Council of Learned Societies, 1957), pp. 28—33.

第一，“礼”（复数）是等级性的行为准则，它们根据个人相对的社会地位而支配人们之间的关系。“礼”的等级特性与封建社会的政治结构及其等级制度联系在一起。从这个角度看，把人区分为君子和小人也就顺理成章了。甚至在贵族内部，个人被期待遵守的适当标准也必须依赖于他所在的等级。严格地讲，只有贵族才能加入互惠性的骑士义务体系，而“礼”一旦用于描述平民之间或贵族与平民之间的交往时，它的最初含义就混同于更广泛的习惯观念。由于“礼”不谈“君子”对“小人”的责任，因而，此时的中国封建社会类似于古代罗马、日本和奥斯曼帝国而不同于中世纪的欧洲。

第二，“礼”是内在于特定社会状况和地位的习惯性的行为形式，而且，期待某一等级成员在特定情况下如何行为与关于他们应当如何行为的认识之间并没有严格的界限。如此说来，行为的标准就不是相互交易的而是关系的。借此我要指出，这些标准支配着和确定着在个人社会生活占很大部分的持久性的关系。实际上，军阀与他的“士”之间的关系也是如此。与上述这些标准相对立的则是这些规则，即适用于涉及到各方明确利益的行为的规则，就像现代的行政合同。此外，“礼”是特殊的、具体的行为标准，而不是普遍的和抽象的行为标准，它们适用于高度具体的情况并依人的不同身份而各异。例如，“礼”规定了“士”应对诸侯所尽的义务，甚至“礼”还规定了在车战中一方对另一方应发出的警告和手势。

94

第三，“礼”不是实在的规则，的确，从某种意义上讲，它甚至根本就不是规则。由于它们不是作为脱离具体关系的东西而受到理解、规定或服从的，因而它们缺乏实在性品质，而那些具体关系则确定了一个人的身份和他的社会地位。“礼”并不是人们制定的，它是社会活生生的、自发形成的秩序，是一种人虽有能

力破坏却无力创造的秩序。因此，人们碰到的并不是明确规则的目录，而是模范行为的或多或少的隐蔽模式。这些模式作为了解如何根据个人的等级而加入社会关系的经验而得以传播开来。这些模式在权威性的文献中如《诗经》是作为道德轶事而被规定的。

一种规范秩序，如果它严重地依赖于虽然显而易见但却缺乏明确规定的正当行为准则，那么，若要有效地运行，其所处的社会中必须存在一种关于价值和观念的牢固的共识。在这种共识的协助下，社会的结构可以惊人地微妙和复杂，以至于没有一种制定规则体系能够实现这种充分而精确的正义。不过，由于导致明确规定某种规范的根本的观念冲突没有出现，因此，这种社会结构尚不被人们所认识。即使社会结构的各个部分并非都假定是实现某种目的的、精心选择的方式，它们也可以增强彼此的效力。

95

这种体制在一定的文化氛围内运行起来相当容易，类似于人类以前动物世界中预先确定的本能发展过程。不过，与僵硬的本能模式不同，通过文化而传播下来的这种标准可能会受到破坏。不过，这种破坏既不是来自于，也不是伴随着一种对其错误的认识，甚至，它也没有伴随着对不同的、或更高级的原则的呼吁。当然，实际上，没有一个社会完全适合于这种模式。意识的存在就创造了相互冲突的可能性。正是基于这些情况，含蓄的共识逐渐瓦解，社会变化所导致的明确规定的需要渐渐形成。

在古代中国的封建时期，高度一体化的有关价值和认识的共识具有自己的基础。使之成为可能的一个因素是等级制度的稳定性，另一个是早期中国宗教的内省性，因为，通过神化现存的自然和社会秩序而维护它们正是内省性宗教的趋势。尽管存在着一些超验宗教的迹象，不过，神化世界这种要求的影响是如此强烈以至于自然和社会的区分被排除了。随后，也就没有一种明确规定的，作为一种由人确立，能够被人所批评和改变的关系体

系的社会秩序概念。社会生活的基本结构可以通过制定法加以控制的观念，对于中国封建社会来说，基本上是个陌生的东西。

"礼"的第四和最后一个主要特点就在于它们不是公共的规则。由于被视为是非制定的，"礼"也就不被看作是国家机关的产物。它们涉及到社会生活的各个方面，在其中，每一种社会等级，社会关系和社会地位的人都会在内部执行自己的法律。

"礼"的第四种属性的社会基础在于：古代中国的封建时期缺乏国家与社会的分离。由于等级制度和分配权力基本上是一回事，因此，一个人在等级秩序中的地位大致上决定了他与权力的亲疏远近。由于统治集团就是社会中的最高等级，因此，没有一个机构可以作为国家权威置身于等级制度之外。话又说回来，古代中国的封建时期也没有导致国家和社会分离的文化基础：即社会生活可由我们称作政府的体制化了的意志给予安排或重新安排的观点。尽管有专门法律机关存在的痕迹，有对统治者行使命令权力的一些限制，特别是对与战争有关的行为的限制，但它们都不足抹去这样的印象：在这个社会中，礼是主导性的并且几乎是惟一的正当行为的标准。 96

总的说来，古代中国的封建社会为我们提供了一个典型的例子：它几乎完全依赖于相互作用的法律而不知道还有其它形式的法律存在。一旦我们充分认识了每种规范秩序的社会和文化条件，上述这种现象也就不再是神秘的了。

改革时期：从习惯到官僚法

在春秋中叶，即公元前6世纪，中国的社会和文化发生了惊人的变化，公元前463年，当中国社会进入战国阶段后，这些变化加快了速度，而在公元前221年建立统一的帝国时，这些变化达到了顶点。人们可以把这一时代称为改革时期。在本节的讨论中我要阐述两层意思。我想指出，根据我前面关于规则性法律的评

97 论：由于社会结构和与规范法密切相关的社会概念的调整，一种重要的、实在的、公共的法律体系是如何产生的。与此同时，我还将讨论改革时期的社会，为什么没有像后封建时代的欧洲社会那样继续发展一种构成自由主义国家主干的法律秩序。因此，我们可以希望在这一历史个案的研究中重新发现法律制度得以产生的条件。再者，在探讨政治的、宗教的和社会的因素对规范性秩序的意义之前先将它们彼此区分开来[39]也是有用的。

改革时期的政治历史实际上是封建制度继续瓦解的历史。此时，国家之间关系特点的变化与国家之内的变化相互影响。就当时中国的情况而言，基本的趋向还是政治上的中央集权制。封建社会内部自相残杀的相互冲突导致了相互竞争的国家数量不断减少而余下的却扩大了自己的面积。相互之间的战争对于争霸的国家其内部的组织有重大的影响。实践证明，最有可能在斗争中获胜的国家就是那些为了生产和战争的目的而设法最有效地调度自己的经济和人力资源的国家。从这个意义上讲，一个强调从上而对社会内部严密组织的时期开始了，一个发展官僚组织和社会规划理论的时期也开始问世了[40]。

此外，空前的混乱所导致的巨大断裂和突然的背运却创造一个流动的外交家、学者和诡辩术士组成的集团，他们以治国专

---

[39] See Otto Franke, *Geschichte des chinesischen Reiches*, vol. Ⅰ, pp. 178—222; Henri Maspero, *De la Seigneurie à la Principauté et à l'Empire* in Henri Maspero and Étienne Belazs, *Histoire et Institutions de la Chine Ancienne des Origines au XII* Siècle *après J. – C.* (Paris, Presses Universitaires, 1967), pp. 20—39; Cho—yun Hsu, *Ancient China in Transition. An Analysis of Social Mobility*, 722—222 *B. C.* (Stanford, Stanford, 1965).

[40] See Eduard Kroker, *Der Gedanke der Macht im Shang – kün – shu. Betrachtungen eines alten chinesischen Philosophen* (Vienna, St. – Gabriel, undated), pp. 9—20.

家的身份为野心勃勃的君主出谋划策。而他们自身所经历的一切使他们充分认识到利用和制服军队的重要性。

正是在这一基础上，社会组织方式发生了一个几乎是革命性的变化。权力开始从封建贵族的手中转到了执政的君主以及他的谋士们手中，而这些谋士主要来自"士"这个阶层。权力的内在集中还伴随着个人在等级地位中的地位与其控制他人生活能力之间的日益明显的分离。由于这些情况，我们才有可能谈到逐渐发展起来的国家与社会的分离。 98

这一变化进程还隐含着等级社会的关系之间的基本变化。贵族集团的内部组织受到封建贵族衰落和瓦解的影响，并且受到许多士族出身的人上升到主导地位的冲击。回过头来说，兼并战争的主要受害者就是贵族上层。因而，随着政治和军事组织自身特点的变化，政府不得不日益依赖于"士"这一阶层[1]。"士"的崛起不禁令人回想到罗马共和国末期新人(novi homines)的骑士秩序，欧洲民族国家巩固时期的人道主义的牧师，十七世纪法国的穿袍贵族(noblesse de la robe)。在上述这些情况下，正好在贵族之下的一个阶层源源不断地占据了行政岗位，并且在中央集权的君主反对封建出身的贵族的斗争中支持君主。

不过，这些人是依据君主的好恶而掌使权力的，君主与其谋士之间的关系是一种非人格化的服务的关系而不是家族关系。由于他们缺乏自己的权力基础，因而，他们的利益和安全取决于他们对与之结盟的王权的忠诚程度。我们特别关心在中国改革阶段期间士的兴起，因为士这一群体特别地支配着创制和运用官僚法的机构，而且，正是从他们当中，法律职业集团几乎不可避免地形成了。

---

[1] See Cho-yun Hsu, *Ancient China in Transition*, pp.34—37.

社会变化的浪潮不仅冲击了贵族也冲击了平民。中央集权政府的建立以及随之而来的税收制度的改革使得封建社会的"农奴"转变为纳贡的佃户，而且使得土地更易于自由买卖了。过去那种把不同等级的人们联系起来的相互忠诚和依赖纽带渐渐地松解了。

99 总的说来，这些政治和社会事变有利于国家与社会的分离。人们还可以设想这些事变有助于瓦解封建秩序和它的无处不在的习惯法所依赖的高度一体化的共同价值观和认识。政府与社会的分离，或说权力与世袭等级的分离及社会冲突的猛烈冲击都能说明官僚法的突然崛起的基础是如何奠定的。

不过，我们必须更仔细地观察改革阶段的社会诸方面以便发现若干因素来说明它为什么没有发展出欧洲式的法律秩序。与欧洲文艺复兴前后明显不同，中国这一改革阶段的突出特点就是缺乏相对独立于君主集权政府的"第三等级"[42]。商人们既无动因也没有机会维护自己的利益、发展自己的法律；而"士"由于被吸收到新兴的国家官僚机器中，也就不能为独立的法律职业集团的产生而预先播种。因而，说明不存在独立的商人集团的那些条件也就解释了为什么这一时期不存在独立的法律职业团体。

在此，仍有必要说明宗教采取的发展方向。谈到最高的神的形象，最重要的倾向就是日益强调"天"的神圣特性而不是"上帝"，结果，神的观念渐渐地非人格化、自然化了。早期中国宗教在追求超验性与拥护内省性之间的摇摆以后者的胜利而告结束。儒教从当前的历史情况出发求助于过去的神秘的黄金盛100 世，道教区分了表面的争吵与隐蔽的现实秩序。不过，无论儒教还是道教，甚至后来的佛教都不允许严格区分上帝与万物。随

---

[42] See Wolfram Eberhard, *Chinas Geschichte* (Bern, Francke, 1948), p.67.

之而来的就是，尽管古代中国有多种宗教观点，但是没有一种认为，世界是上帝依其至少可以被人类部分地理解的方案而创造的。其的，对于古代希腊神学理论至关重要的观点，即神通过生物学意义上的生育而创造了世界，对于古代中国的宗教来说还是个不相干的东西。

虽然，古代中国观念上的这种转变究竟是哪些原因所造成的仍不十分清楚，但是，人们应当记住下列因素。由于日常生活中农业劳作仍占主要地位，因而，自然崇拜的动力还继续是强大的。此外，政府权力的集中以及相应的一切贵族或第三等级集团（商业的、官僚的和学术的集团）对国家利益的屈从，使得先知或独立的教士集团很难产生。但是，只有通过先知发现与牧师恪守仪式之间的斗争，超验的宗教才有可能发展。可是，在中国，宗教知识是为政府服务的，大多数的仪式功能则由君主自己来履行，或者在祖先崇拜的活动中，由家长主持仪式。再有，古代中国与其它类型的文明接触甚少，从而使其不能获得能够取代作为自然法基础的超验宗教的多元文化经验。

无论古代中国的自然主义宗教和神职团体弱小的理由是什么，它对政治和法律的影响是巨大的。因为，由此便不可能产生出这样的认识，即自然界和社会都是被神制定的普遍法则加以管理的。另外，古代中国宗教发展的另一个后果，是缺乏可以对政府权力加以有效制约的学说，先知预言和神职人员的传统。最后，一种关于人格化的神与根据他的形象而制造的独一无二的灵魂之间关系的概念的缺乏，不能为那些可以强调个人之间的独立性、个人相对于他所属的集团和社会的独立性的信念，提供神学理论上的支持。

101

这样看来，改革时期古代中国的宗教经历与欧洲文艺复兴时期的宗教经历就走上了根本不同的两条道路，我们已经在这

两个后封建时期的政治和社会史中发现过类似的对立了。可以说，欧洲的科学和与之相同的政治哲学来自普遍原则的概念，而政府则不得不与上帝制定的自然法这种观念及强大的教会进行斗争；宗教信念则强调个人有能力超越他生存于其中的社会，就像造物主超越创造物一样。

上面，我已经摘要描述了改革时期政治、社会和宗教的若干特点，探讨了它们彼此的联系和影响，指出了它们不同于导致现代欧洲社会发展事件的某些方式。如果人们转而研究这些变化对古代中国法律的影响，再次把现代西方的经验当作比较的出发点，则他们必定震惊于如下事实：一种发展的出现与另一种发展的缺乏。具体地说，一方面，中国人称为法（fa）的这种法律在社会生活中有了值得注目的广泛应用；另一方面，没有出现类似于现代西方所确立的那种与众不同的法律秩序的东西。当然，对改革时期所做的分析已经为读者了解为什么会如此提供了工具。不过，这一时期法律史的某些基本事实对于支持我的论点来说将是有用的。

公元前七世纪末期，中国开始出现了成文法典。公元前三世纪秦统一之前，政府正在通过成文法管理着社会生活的很多方面。当时人们愿意使法律公共化并加以强制执行。类似于“户籍局”或“治安主任”一类的传统的社会管理制度渐渐失了影响。有组织的行政官吏开始确定起来了，他们的许多特点深深地刻画了中华帝国和现代西方的官僚政治[63]。毕竟，政府正在为把日益广泛的社会活动纳入自己的控制和指导范围之内而斗

---

[63] See Karl Bünger, "Die Rechtsidee in der chinesischen Geschichte," *Saeculum*, vol. III (1952), pp. 193—201; and Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China* (Cambridge, Harvard, 1967), pp. 15—17.

争;把从前被认为是社会自我调节秩序组成部分的领域政治化。

对于欧洲民族国家的人们来说,上述这些发展也许具有某种启示。不过类比一定不要模糊,与西方的模式相比,中国的进程是多么的冷酷无情。还有,在西方式政府形成过程中发挥了重要作用的法律制约对于古代中国几乎没起什么作用。在古代中国,行政命令和法律规则之间并无明确界线;没有摆脱统治者顾问身份的可辩认的法律职业;没有置身于道德和政策论据之外的特殊的法律推理模式。

上述两个社会在法律上的区别仅仅反映了我们曾经在它们的政治、社会结构及宗教信仰方面所遇到的对立。为了了解这一点,人们只要考虑一下古代中国改革时期所求助的那种法律类型就可以了,这是一种区别于礼的东西——法[41]。法具有明确的官僚法的性质,它们是实在的和公共的。不过,依赖法并不代表人们相信除了有时作为权力组织计策之外的法律普遍性。而且,就我们前已指出的四个方面的自治性而言,即实质的、体制的、方法的、职业的自治,中国古代的法并不意味着是自治的。

首先,法是实在的;它们是制定的规则。不过,使之成文化并加以公布的趋向吸引人们注意另一个更为基本的问题,即法律来自于人类的意志而不是来自构成社会生活相互关系核心的某种模式。实际上,对实在法的需要不过是前面描述的共同体瓦解过程的副产品。在一个已经确立的等级制度和与这种制度有密切关系的共同价值观和见识都迅速瓦解的社会环境之中,再依赖习惯变得愈来愈困难了。随着社会关系的这种深刻的重新组合,相互作用的法律的有效性所依赖的未经反思的共识在

103

[41] See Benjamin Schwartz, *On Attitudes Toward Law in China* in Milton Katz et al., *Government under Law and the Individual*, pp. 32—35.

范围、具体性、凝聚力以及强度等方面都大不如昔了。结果，虽然法丧失了自己那种尚不为人所察觉的微妙标准，但并未获得在精制的法律理论体系内产生大量区别的那种人工的提炼技巧。因此，在一个社会规范秩序的历史上，实在法的出现总有某种破坏作用，对它的理解和批判是社会思想无法摆脱的问题。人们不仅发现他们能够创造社会秩序，而且还会碰到那种具有最原始和最有威胁形式的创造能力。

其次，法既是实在的也是公共的；改革时期的新的法律单独由政府制定。这些公共规则的独特而又优越的地位通过这一事实而表现出来，即它们被用来区分直接由政府机构解决的问题和那些主要或仅仅属于其他社会机构如村镇、家族和行会管辖权限内的问题。因此，如果官僚法所造成的第一次革命是从相信社会秩序是既定的过渡到相信它是由人们创造的，那么，第二次革命就是规范秩序变为相对正规的规则等级制，国家的法律位置最高。这种变化的历史基础就是国家与社会的逐步分离。现在，让我们转而观察法的否定属性，因为，它直接涉及到我选择进行比较的这一时期中欧洲和中国法律史的差别。

104

这种法的第三个特点是，它们可以是普遍的规则或者是像统治者可以要求的政策目标那样的特殊的规则。毫无疑问，在法家的小册子里，作者常常提到把所有的臣民在一致适用的法律面前拉平的重要性。

然而，法律的普遍性总是一种权宜之计，用于确保统治者对大众的控制，约束自己的代理人，剥夺政府之外的任何社会团体的能够使他们抵制国家政策的种种特权。法律的普遍性和统一性还没有被承认为是实现正义和社会福利的无条件的要求，可是，这些信念对于现代西方政治思想中的社会契约论及功利主义来说却是非常重要的。因此，对古代中国来说，区分命令和法

律、行政与司法基础的机会也就错过了，而这恰恰是欧洲法律理论的奠基石，并导致了法治和“法治国”(Rechtsstaat)观念。

法的第四个和与此有关的特点就是它们缺乏自治性。拒绝在纯粹的“政策”与法律之间做出明确的区别，只是否定行政命令不同于法律规则的必然结果。大致说来，适用法的机关就是同一批在其管辖权限所及的领土范围维持秩序和执行政府政策的机关。专门的法院那时尚不存在。在制定和适用法的过程中所运用的推论模式与各类政治决定所用的模式并无不同 而且还缺乏对诉诸法律推理方法、法律部门的竞争，法律命题的竞争等方面的限制，而这些在西方人关于法律的思考中占有很大比重。最后，并没有区别于来自公共管理活动的政策制定者和治国专家的职业法学家。 105

因此，我们看到，尽管在中国的改革阶段和现代欧洲的法律史进程中有一些相似性，但是，根本不同的发展趋势也在起作用：在一种情况下趋向于帝国式的官僚国家和它的规章性的法律；在另一种情况下则趋向于自由主义国家，在其中，一种法律秩序与政府的行政机构并肩产生。理解了这些不同方向的原因，对于评价现代西方法律的意义和社会秩序的本质具有关键的意义。决定性的因素就是我对改革时期的描述中所强调的那些东西。

因为没有什么社会集团、等级或机构设法维护它们对于政府的独立性，中国封建秩序的瓦解就不能像西方所作的那样产生一个自由主义的国家和一种自由主义的理论，这里也不存在着否定任何一个社会集团的利益和理想高于任何其他社会集团的利益和理想的客观的社会条件。因此，也就不能有对在相互冲突的价值观中保持某种中立或能够以合理方式重新结合它们的法律的需求。但是，如果我对法律秩序的历史条件的解释是正确的，那么，这种对中立的、客观的法律的追求就是坚持法律普遍性和自治性信念趋势的一个先决条件。

由于古代中国没有发展出一种超验的宗教和神法体系，因而，就更谈不到法律秩序得以产生的其它条件了。实际上，无论是普遍法的概念本身还是相对狭窄一些的神法支配人类生活的观念，都没有在中国的宗教信念及实践中间获得支持。

106

儒家和法家

我们已经看到，古代中国的经验是如何清楚展示了法律类型、社会结构和意识之间的联系以及它如何促进了我们对自己社会中法律秩序条件的认识。我所关注的一直就是秦统一之前的法律史、社会史和宗教史之间的相互作用。我认为，看看这一时期不同学派的争论将会有助于我们把观点推进一步。

改革时期内主要的思想斗争就是儒法之争[40]。虽然，这两

---

[40] See *The Complete Works of Han Fei Tzŭ. A Classic of Chinese Legalism*, trans. W. K. Liao (London, Probsthain, 1939), two volumes; *The Book of Lord Shang. A Classic of the Chinese School of Law*, trans. J. J. L. Duyvendak (Chicago, Chicago, 1963); *The Analects of Confucius*, trans. Arthur Waley (London, Allen, 1938); and *Mencius*, trans. W. A. C. H. Dobson (Toronto, Toronto, 1963). 我对儒法之争的讨论，使用了以下著作及其中的翻译文献：Otto Franke, *Geschichte des chinesischen Reiches*, vol. I, pp. 192—222; Alfred Forke, *Geschichte der alten chinesischen Philosophie*, pp. 99—241, 441—482; Fung Yu-lan, *A History of Chinese Philosophy*, trans. Derk Bodde (Princeton, Princeton, 1952), vol. 1, pp. 43—75, 312—336; Liang Chi-Chao, *History of Political Thought During the Early Tsin Period*, trans. L. T. Chen (London, Routledge, 1930), pp. 38—52, 113—138; Otto Franke, *Studien zur Geschichte des konfuzianischen Dogmas und der chinesischen Staatsreligion* (Hamburg, Friederichsen, 1920); Erich Haenisch, *Politische Systeme und Kämpfe im alten China* (Berlin, Gruyter, 1951); Eduard Kroker, *Der Gedanke der Macht im Shang-kün-shu*; P. Jos. Thiel, "Die Staatsauffassung des Han-Fei-tzŭ, dargestellt in einigen bedeutsamen Kapiteln," *Sinologica* (1961), vol. VI, pp. 171—192, 225—270; Peter Weber-Schäfer, *Oikumene und imperium. Studien zur Ziviltheologie des chinesischen Kaiserreichs* (Munich, List, 1968); and Herlee Creel, *The Fa-chia: "Legalists" or "Administrators"?* in *What Is Taoism? and Other Studies in Chinese Cultural History* (Chicago, Chicago, 1970), pp. 92—120.

种传统都产生于同一社会环境并似乎从相似社会集团中寻找代言人，但它们对时代所提出的问题却做了根本对立的回答。不过，从一开始，许多思想家就努力在这两种立场的鸿沟中建设理解的桥梁，而且中华帝国的实践也建立在混合这两种学说的基础之上，法家政策常饰以儒家词句[16]。可是，这两个事实都不足以抹煞如下真相，即儒家和法家各自都有一套关于人、社会和法律的观点，而且每一种都具有内在统一性并且尖锐地批评对方。

关于儒法之争，特别让我们感兴趣的就是它们面对规范秩序问题的具体方式。关于这一争论的粗糙的初步的陈述可以概括如下，即儒家提倡回归那种体现伦理典范的习惯礼仪，而法家主张扩充官僚政治以及强制执行官僚法。不过双方都是从某些不言而喻的共同前提出发进行论证的，而这些前提则根本不允许他们捍卫甚至承认现代西方意义上的法治原则。

儒家和法家学说都包括了一个核心，在其中，描述与规定彼此混淆，而且，这个核心又具备对人性的说明、对政府与社会集团适当关系的说明以及一种规范秩序理论。研究这些因素之间的关系有助于揭示主张不同类型法律的理论基础，这基础不同于社会条件。这种研究还可以通过对比而突出现代西方法律史特殊的个人和社会概念。 107

至于对人性的认识，儒家强调自然经济的感情的存在。儒家认为，人具有的道德感有两个作用，或者它是追求仁义的一般气质，而行为标准就从中产生；或者它是一种心照不宣的行为法典。经过适当的培育和管理，这种道德感可以得到充分发展以

---

[16] See Tung-Tsu Chü, *Law and Society in Traditional China* (Paris, Mouton, 1965), pp. 267—297. But see Herlee Creel, *The Fa-Chia: "Legalists" or "Administrators"?* in *What is Taoism? and Other Studies in Chinese Cultural History*, pp. 119—120.

便确保个人之间、社会内部的协调。根据新儒家晚近的论著，它还可以确保宇宙的和谐。在儒家看来，行为准则的最终目的就是诱发潜在的、事先存在的礼仪观念[47]。

在法家看来，人由于受感情的支配而永远无法满足自己。法家既不承认人性中存在着潜在的善也不相信这种善可以优先于傲慢、嫉妒和贪婪。

正如儒家争辩说存在着一种自然的道德情感模式等待着开发，因而，他们也相信社会的自然秩序。社会被认为是产生于有限基本关系中的集团联盟，比如说君主与臣民，师傅与徒弟等等。在广泛的社会等级体制内，每一集团都有它自己珍重的、明确的位置；自己的关系网和自己固有的是非标准。政府的任务就是协调和维护这种固有的秩序而不是破坏或取代它。

相反，法家则只想扩充政府的权力。作为君主的顾问，虽然他们也会论证说扩充权力是成功的经济和军事机构的先决条件，舍此国家就会在危机时陷入瓦解，但总的说来，他们认为扩充政府权力的政策本身就是目的。在他们看来，政府之外的机构或权威肯定是政府权力的竞争对手，并会威胁到政府的统治权。随之而来的，传统的社会组织，如扩大的家族、村社和行会的绝大部分权力应当剥夺，应当限制其成为权力中心的趋向，所有的人应当无一例外地害怕统治者及其代理人。国家所强加的秩序要取代想像中的社会的自然秩序。

对人及其社会生活有如此对立的观点导致了对法律的完全

[47] See Donald Munro, *The Concept of Man in Early China* (Stanford, Stanford, 1969), pp. 49—83. 对儒家学说的略有不同的解释，见 Herbert Fingarette, *Confucius—the Secular as Sacred* (New York, Harper, 1972)。

不同的结论。如果存在着自然协调的道德情感,那么通过诸如模仿典范的行为的方法来培育这种情感就将是社会秩序的主线。因此,儒家承认并把封建时代的礼重新解释为解决改革时代大量涌现的个人之间的矛盾及个人心理的冲突的具体方法。儒家认为,法,作为强制执行的、强加于人的实在规则,对于社会的疾病来说,只能治表而不治本。由于这些规则无视社会和谐的真正基础,因而,它们只能导致更大的混乱。儒家认为,社会是一个由集团和关系所组成的有机整体,每一集团都有自己内在的协调,因而它们不赞成强调国家的法律。

在批评实在的和公共的规则时,儒家表明自己忠实习惯法,它的纲领是恢复和精制改革时代的事件所破坏的秩序,不过,这是在更高道德意义上的恢复和精制,而不仅仅是再现以前这一秩序的特点。这也说明了为什么儒家持续地求助于过去的、神秘的黄金盛世。

根据自己对人性的认识,法家认为,只有通过外在的、强制执行的限制才能使人规规矩矩。法家关于政府与社会关系的理论暗示,法律不得不是前者为后者制定的。因此,法家求助于官僚法的实在性和公共性的规则,将其作为对付他们自己历史处境考验的一种方式。 109

虽然,儒法两家关于人性和社会的理论假设引导这两派思想走上了对立的发展方向,但是,这两种趋势都与法治理论不相容。当然,儒法两家对人性和社会秩序的观点与西方政治思想的某些说法颇为类似,例如人们只要考虑一下保守的等级社会观念和马基雅弗利为代表的近代治国理论就够了。但是,这一思想的主流经历了不同的发展渠道。它一直致力于拒斥作为梦想的性善论和理想社会,同时又拒斥性恶论和无情的以国家利

益为名的理由(raison d'état)[48]。

现代西方社会思想的主导传统一直主张，人并不具备天生的、经过培育就可以保证公正社会秩序的善，但是，人值得作为个人而受到尊重，而且，他们有能力在相互尊重的基础上达成关于正确与错误的共识。虽然，自发产生的社会制度可能并非永远适用或内在公平，但是，它们毕竟应该作为个人和集体意志的表现而受到保护。因而，法律应当补充和控制而不是粉碎私人机构的内部规则。

这些就是现代欧洲法理学得以从中发展起来的人性论和社会理论的框架。它们把法律制度看作是通过害怕而相互制约的工具，是共同认识和价值观的贮藏室，是强加在私人组织之上的框架，又是从私人组织中产生的秩序。

中国经验的局限性：其它文明形态的经验

比较古代中国和现代欧洲的法律经验仍然不能回答所有问题。它们分别代表了出现法治和缺乏法治的两种极端。虽然这两种社会都经历了导致官僚法大规模发展的变化，但只有其中的一个社会抓住了真正的法律秩序。可是，大多数文明形态始终位于上述两种极端之间。对某些这类中间状态社会的简单评论开始提出如何把从中国问题上得到的观点更加合理化，更加

[48] See Friedrich Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der Neueren Geschichte*, ed. W. Hofer(Munich, Oldenbourg, 1957).

深化的问题。

为此，划出两种情况就十分有益，它们既在某些方面接近法治理想又在其它方面不符合这一理想。第一种情况包括了古代印度、伊斯兰教和犹太教的神法，另一种情况就是古希腊——罗马的法律史。

古代印度、伊斯兰教和犹太教的神法

尽管印度、穆斯林和犹太人的神法之间存在着巨大的差异，但是，它们仍然具有若干重要的共性。

首先，无论作为一种个性化的上帝意志之体现，还是作为一种非个性化的秩序之反映，所有这些神法体系都被认为具有一种超人类的权威。例如，印度的《达磨法论》就说明了人的行为的具体含义。实际上，梵文的法（dharma）就是适当的生活方式，111 它规定每一个种姓（varna）在其一生的循环中的善德和义务，同时，作为人生奋斗的一个目标[49]，它还与阿达（artha）（关于物质利益和权力）、伽摩（kāma）（关于享乐）同时共存。因此，它就不仅仅是关于人们应当如何行为的陈述：它也是人根据事物本质必须如何行为的描述。因为，人们在被拽出到原来既定的人生道路之前只能暂时地偏离它，即使众神也受到这一永恒天条的支配。神的权力渊源常常被描绘为是一种客观的进程而不是一个人们可与之进行一种私人接触的人。

伊斯兰法（shari'a）宣告了安拉对人类的命令，它是神意的体现，是由古兰经的原文所确定，由保存在圣训（sunna）中的先

[49] See Robert Lingat, *Les Sources du Droit dans le Système Traditionnel de l'Inde*(Paris, Mouton, 1967), pp.19—20.我对于古典印度法的论述从这部著作中获益良多。

知言论、学者的会议(ijmā‘)和类比(kiyās)㊿所补充的。要掌握这种法律,就需要具有伊斯兰法学的知识(fikh)。

同样,犹太教的全部戒律(halakhab)代表了人类生活的全面秩序,其渊源就是犹太教的全部经文,即上帝在西奈山对其选民的启示。不过,至少从第二王国开始,渐渐明显的是,戒律可以具有其它渊源:例如,传统,包括先知禁令;犹太法学家(mi-divrei soferim)对本教经文的解释或圣人(takkanot and gezerot of the bet din)宣布的肯定或否定的条文;还有习惯(minbag)[51]。虽然,这些补充性的法律渊源十分重要,不过,它们的效力却来自于对一个人格化的神的意志的假定的忠诚。甚至习惯的效力也来自于正义(sedeq),在其中,人们表示着对上帝命令的归顺[52]。

通过比较古代近东地区两种法律概念,这些神法体系最终的社会和宗教基础可被揭示出来。在古代埃及,国王就是神的化身:他有能力通过言论(hu)而重新创造社会关系,有能力凭借自己的神睿(sia)理解这些关系,有能力维护秩序(ma‘at)[53]。在古

㊿ See Ignaz Goldziher, *Vorlesungen über den Islam* (Heidelberg, Winter, 1963), pp. 30—70; Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford, Oxford, 1966), p. 60; and Fazlur Rahman, *Functional Interdependence of Law and theology* in *Theology and Law in Islam*, *ed. Gustave von Grunebaum* (Wiesbaden, Harassowitz, 1971), pp. 89—97.

[51] See Benjamin De-Vries, *Dogmatics of the Halakhab* in *Encyclopedia Judaica* (New York, Macmillan, 1971), vol. Ⅵ, pp. 1158—1161.

[52] See Ze'ev Falk, *Hebrew Law in Biblical Times. An Introduction* (Jerusalem, Wahrmann, 1964), p. 27.

[53] See John A. Wilson, "Authority and Law in Ancient Egypt," *Journal of the American Oriental Society* (1954), *Supplement: Authority and Law in the Ancient Orient*, pp. 1—7; and E. Seidl, *Altägyptisches Recht* in *Orientalisches Recht*, *Handbuch der Orientalistik*, ed. B. Spuler (Leiden, Brill, 1964), Pt. Ⅰ, supplementary vol. Ⅲ, pp. 13—14.

代埃及，新国王的登基就是世界的重新创造。为了维护统治，统治者不得不同号称直接代表神意的宗教领袖和自己那些野心勃勃的助手进行斗争。但是，在大部分情况下，古代埃及不存在对古埃及的独裁享有充分独立性的，能够限制其权力的集团，而且，至少直至第五王朝，尚没有不同于君主心血来潮的神意秩序信念。因此，实在法也就缺乏任何普遍性与自治性的要求，作为政府管理活动一部分而发布的这些法律就只能采取高度个人化的命令(hap)的形式。 112

但是，在美索不达米亚早期苏美尔人那里，情况则大相径庭。在那里，国王的权力似乎首先受到独立的议事机构的制约，另外还受到更高的宇宙秩序(kittum)观念的限制。国王的任务就是保护这种秩序并把它公平地运用到正在变化的环境(mēšarum)中㉞。因此，在原则上讲，君主的决定既受到这种高级法则的限制又为其证明为合理。虽然苏美尔人法律传统的内容一直被认为特别世俗化，虽然，它也许缺乏一个独立的教士阶层的支持，可是，它却包括了神法得以产生的若干要件。

如果说，神的权威性观念是神法传统的第一个共同属性，那么，第二个共同属性就是神圣戒律、王室法令和习惯之间的相互作用。这种相互作用既是一种权限分配又是一种相互影响的过

㉞ See C. J. Gadd, *Ideas of Divine Rule in the Ancient East* (London, British Academy, 1948); Godfrey Driver and John Miles, *The Babylonian Laws* (Oxford, Oxford, 1952), pp. 17—25; Thorkild Jacobsen, *An Ancient Mesopotamian Trial for Homicide* in *Toward the Image of Tammuz and Other Essays in Mesopotamian History and Culture* (Cambridge, Harvard, 1970), pp. 193—195; and Barry Eichler, *Indenture at Nuzi: The Personal Tidennūtu Contract and its Mesopotamian Analogues* (New Haven, Yale, 1973), pp. 80—83. 早期对君主权力的限制，见 Thorkild Jacobsen, "Early Political Development in Mesopotamia," *Zeitschrift für Assyriologie und Vorderasiatische Archäologie*, New Series (1957), Vol. XVIII, pp. 100—112。

程；神法、国王命令和社会惯例适用于尽管有时是相互重叠而不同的社会生活领域，但是，有时它们也彼此借鉴。因而，一套法律规则在依赖神的权威性的同时，也仍然渗透着习惯和官僚法的影响。不过，统治者的命令与教士的法律之间的平衡总不稳定，它们都有可能战胜对方而独领风骚。

纵观印度法的历史，人们会看到法论、国王颁布命令(ksatra)的权力及习惯(ácara)之间的相互适应。所以，法与阿达的学问总是处于某种紧张之中，后者教会统治者如何为自己和自己的人民取得权力和繁荣，而且其中多数的风格与欧洲文艺复兴时期文献中对国王的忠告一样[55]。由于它们彼此之间往往反复交叉，因而这三种类型的法律之间并没有清晰的界线。国王的命令通常代表在某一地域内享有主权的统治者所强加的官僚法，而统治者自己在政治上则是没有义务的。因此，命令与法就不可避免地发生冲突，法不仅包括了假定是适用于一切人的规则，而且为上层和下层都规定了特殊的义务。可是，在王公统治者与婆罗门贵族的斗争进程中，法论既对国王的自由裁决强加了种种的限制又常常被重新解释以适应国王的政治目的[56]。

类似的过程也出现在神法与习惯的关系之中。法论，作为由社会精英所解释的成文法，对于支配着日常生活的大多数习

113

[55] See *The Kautiliya Artha'sastra*, pt. 2, a translation, and pt. 3, a study, by R. P. Kangle (Bombay, Bombay, 1963 and 1965).

[56] See Robert Lingat, *Les Sources du Droit dans le Système Traditionnel de l'Inde*, pp. 231—240, 249—257; J. Duncan Derrett, *Law and the Social Order before the Muhammadan Conquests* in *Religion, Law and the State in India* (New York, Free Press, 1968), pp. 194-195; J. Duncan Derrett, *History of Indian Law (Dharmaśastra)* in *Handbuch der Orientalistik*, ed. B. Spuler (Leiden, Brill, 1973), pt. 2, vol. Ⅲ, sec. 1, pp. 21—22; and Louis Dumont, "The Conception of Kingship," *Contributions to Indian Sociology* (1962), vol. Ⅵ, pp. 48—77.

惯而言似乎只具有模糊的影响。然而，地方习惯往往模仿婆罗门准则，就像日本德川时代各诸侯都仿效幕府（bakufu）的法律一样[67]。相反的是，法论逐渐收编了获得神法权威的规范，但是，法论更多的来自于习惯的实践，而不是文本的解释[68]。

至于穆斯林的法律，一方面受到行政上自由裁决权力的制约，国王的这种权力体现在世俗的法令中（伊斯兰法学中的罕百里学派认为这种权力还经常性地体现在法官的判决中）[69]，伊斯兰法官自己偶尔也可以自由地处罚某种行为，而不是严格履行神法已经先定的制裁；另一方面，习惯也制约着神法戒律。

上述两个界限没有一个是固定的。通常，一个行政自由裁决的领域被认为是由伊斯兰法本身所授权的。由于“公共利益”作为一个解释神法的标准通常具有的重要性，因而，神的命令与世俗法令的区别在实践上远不如在理论上那么泾渭分明[70]。

114

习惯从来都不被认为是法律的官方渊源之一，即使是最看重习惯的马立克学派也是如此。但是，据说，习惯曾经对伊斯兰法的发展发挥过强有力的影响，而且常常是任意解释神法（istihsān）的基础[71]。

纵观伊斯兰教历史，曾经出现过试图抑制或掩饰官僚法或

[67] See Shiro Ishii, *Pre-modern Law and the Tokugawa Political Structure*, trans. Arthur Mitchell (on file in the Harvard Law School, 1973), p. 13.

[68] See Robert Lingat, *Les Sources du Droit dans le Système Traditionnel de l'Inde*, pp 218—229; and J. Duncan Derrett, *Custom and Law in Ancient India* in *Religion, Law and the State in India*, pp. 148—170.

[69] See Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, p. 5.

[70] See Ignaz Goldziher, *Die Zähiriten. Ihr Lehrsystem und ihre Geschichte* (Hildesheim, Olms, 1967), pp. 204—206; and Joseph Schacht, “*Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*,” *Der Islam* (1935), vol. XXII, pp. 211—212.

[71] See Noel Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence* (Chicago, Chicago, 1969), pp. 7, 17.

习惯法作用的数次逆流。人们只要想到11和12世纪北非和西班牙的阿尔莫拉维茨[62],19世纪西非的富拉尼人以及本世纪阿拉伯的瓦哈比派就够了。不过,上述倾向背离了伊斯兰教传统的主流,后者一直以神法、世俗法令和民间习惯的共存以及相互渗透为其特征[63]。

也许,在古代以色列,人们最难区分这三种类型的法律,因为在这里,教士与先知的权力是如此之大,宗教与政体的结合是如此完整,以致于习惯和法令都被认为是全部戒律的一个组成部分。很明显,在君主制期间,国王有权就政府事务,如税收和军事义务制定法律,不过,他被认为是受到双重协议的限制,即与人民的协议和与上帝的协议。他很难破坏由神法所强加的限制,而且还易于受到教士和先知的挑战[64]。

至于习惯,它逐步地被人们认为是私人生活领域内神法戒律的变通,而在这些领域内,作为一套支配性规则,神法是有作用的,它是一系列不如此规定就不能解决纠纷的规则。但是,与学者制定的成文法不同,习惯无权改变有关宗教仪式的法律规

115 定[65]。

现在,我们可以转而讨论神法体系的第三个共同特点了,即

---

[62] 在公元1056—1145年统治北非和大部分西班牙地区的一个柏柏尔人政权。——译注

[63] 我强烈地感到,我对古典伊斯兰法的概括会由于解释重要学派的分歧而站不住脚。"忽视了学派之间的分歧就不能掌握伊斯兰法学的真谛"这一箴言特别适用于沙里阿与地方习惯的相互渗透这一问题。参见:Robert Brunschwig, "Considérations Sociologiques sur le Droit Musulman Ancien," *Studia Islamica* (1955), vol. Ⅲ, pp. 61—73。

[64] But see George Mendenhall, "Ancient Oriental and Biblical Law", *The Biblical Archaeologist* (1954), vol. XⅦ, pp. 40—44.

[65] See Menachem Elon, *Minhag in Encyclopedia Judaica*, vol. Ⅻ, pp. 13—14.

它们依赖于一个特定的集团和一套特殊的方法。实际上，特殊的解释法律的技巧的存在既加强了使用它的特殊集团的力量，同时也因该集团的支持而日益巩固。如果不是具体适用法律的人，在上述三种文化传统中，对法律的管理和解释是掌握在一批学者手中的，他们既是法官又是伦理和宗教方面的老师。

与这一职业的专门化相联系的是强调条文注释的做法，即注释方法[66]。由于神法体现在神圣著作的传统中，因此，书中的条文便成了权威最高级的渊源。然而，这些条文往往模糊不清，甚至对神法应当明确表态的问题保持沉默。对明确言词的尊重与长期以来就存在的重新调整和解释的必要性结合在一起，造就了卷帙浩繁的注释作品。根据假设的意图或可归类的目的，这些注释可以充分利用类比技巧来扩大或缩小规则的文字含义。不过，注释者不能自由地把自己的抽象分类硬塞给他要注释的经典条目。

印度神法最早的渊源就是一些文本，即"法经"(śmrtis)和"传承"(śāstras)，而婆罗门，他们对统治者保持着或大或小的独立性，负责编辑和解释它们。不过，婆罗门解释法律的自治性与强有力的君主权力并不矛盾，其主要原因在于，法论常常被看作是社会理想和判决所依据的要素而不仅仅是一部具有约束力的法典。

在典型的神法体系之中，有大量的注释与摘要存在。从而，也就逐步确立起一套精心设计的原文注释(the mimamsa)方法[67]。而且，采用的解释技巧在很大程度上受到占主导地位的 116

[66] See Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 459—460.

[67] See Robert Lingat, *Les Sources du Droit dans le Système Traditionnel de l'Inde*, pp. 168—178; and D. Rothermund, "Die historische Analyse des Bodenrchts Indiens," *Jahrbuch des Südasieninstituts*, Heidelberg(1966), p. 161.

宇宙论的影响。伊斯兰教和犹太教都把自己的神法主要看作是人格化的上帝的作品，而上帝有意识地制定这类法律。由于人类的心灵与上帝有相似之处，或者可以分享神意，人们会希望理解作为一位立法者的上帝的某些旨意。因此，根据神的旨意解释规则的努力就具有了宗教的基础。这种对上帝本人目的之关心又反过来引导人们关心人自己的目的，这种目的还是法律含义中的决定性因素。不过，在古代印度，除了"敬信之士"自身的传统外，再没有什么人相信上帝是一个人格化的神，他的目的可以被人们所理解。因而，设计一系列形式主义的解释公理就渐渐成为必要的了，这些公理可以尽可能地减少人们回访立法者的目的。

在古代伊斯兰法和古代犹太教法体系中，我们可以发现，法官可以对君主保持一种实质程度的独立性，更重要的，还有一些负责解释神法的饱学之士。在伊斯兰法中，他们被称做宗教学者(ulamā)，在犹太教中，他们被称为贤人或犹太法律学家。学术性评论的权威可以进行争论。例如，在14世纪期间，新罕百里学派的伊本·泰米叶就曾经批评过把学术上的公议当作一种法律渊源的效力，而犹太教中的撒都该派在后马卡比恩时代，也曾批评过法利赛派运用口头法律轻易地约束人们心灵的做法。然而，在上述斗争中，倒是对方取得了胜利，不过，理论上的注释，正如它后来发挥的作用那样，对于法律的发展有决定性的作用。

根据上面提到的理由，我们可以说，伊斯兰教和犹太教的神学法律家能够使用这样一些解释方法，其在灵活性和大胆性方面远远超过了婆罗门学者的注释。特别是，我们发现在上述那117 两种法律体系中，都有自由主义地使用几乎无限制的类比和拟

制的倾向(犹太教法律中类比为 gezera shava 和 hekkesh[68],穆斯林法 kiyas[69];严格法,犹太教法称为 ha'aramah[70]而伊斯兰教法称为 hiyal[71])。说实话,犹太教的这些设计直接影响到穆斯林的惯例。就极端情况而言,在以色列历史上第二王国时期,甚至存在着根据"时代的需要"[72]而论证偏离戒律是合理的这种努力。而在倭马亚时期,人们承认为了政治利益而打破类比规则是合理的[73]。

可是在上述两种文化传统中,为了维护教会的统一性和学者们已经确定的既得利益的斗争结果却限制了创造性法律推理的发展。在伊斯兰法中,这种限制很早就产生了,早在 9 世纪,"独立推理之门就关闭了"[74]。在犹太人的历史上,这种限制来

---

68 See M. Mielziner, *Introduction to the Talmud* (New York, Funk, 1903), pp. 142—155.

69 See Malcolm Kerr, *Islamic Reform: The Political and Legal Theories of Muhammad 'Abduh and Rashīd Riḍā* (Berkeley, California, 1966), pp. 66—79.

70 See Moshe Silberg, *Talmudic Law and the Modern State*, trans. Ben Zion Bokser, ed. Marvin Wiener (New York, Burning Bush, 1973), pp. 22—41.

71 See Ignaz Goldziher, *Vorlesungen über den Islam*, pp. 68—69; Abū Bakr Ahmad ibn 'Umar ibn Muhair aš Saibānī-Hassaf, *Kitāb al-hiial ual-maharig*, ed. and partly trans. Joseph Schacht in *Beiträge zur semitischen Philologie und Literatur*, ed. G. Bergsträsser (Hannover, Lafaire, 1923), number 4; and Abu Hatim Mahmud ibn al Hasan al-Qazuini, *Kitab al-hiial fil-fiqh*, ed. and trans. Joseph Schacht in *Beitrage zur semitischen Philologie und Linguistik*, number 5.

72 See Ze'ev Falk, *Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth* (Leiden, Brill, 1972), pp. 32—33.

73 See Subhi Mahmassani, *Falsafat Al-Tashrī Fī Al-Islām: The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, trans. Farhat Ziadeh (Leiden, Brill, 1961), pp. 87—89.

74 See Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (Oxford, Oxford, 1950), pp. 82—132; and Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, pp. 69—75.

得更早，它出现在6世纪中叶巴比伦王国所完成的犹太法典中[75]。

既然我们已经讨论过了古代印度、伊斯兰教和犹太教的法律所具有的异同，我们现在就有可能理解他们为什么以及如何不同于现代西方的法治。简言之，这三种文明形态都缺乏一种法律秩序得以产生的某些必不可少的先决条件。当然，具体说起来，犹太教的情况还好一些，其次是伊斯兰教，古代印度的情况最糟糕。

古代印度从来就没有发展出能够鼓励法律秩序产生的那种多元集团。不错，印度人的制度允许相当规模的分散化，而且婆罗门贵族通常有足够的力量限制，甚至控制君王[76]。可是，这并不足以抵消神法紧密结合着种姓制度以及该法被一个不受监督的教士僧干们所控制而造成的后果。这些因素实际上意味着，法律将采取为每一个特定种姓规定权利、义务的标准形式而不是制定普遍规则使之为广泛确定的不同种类的人规定形式上平等的权利[77]。在神法体系中，没有什么力量推动道德和法律的普遍性，从而，也就没有理由对王室法令强加普遍性的限制。在这样的环境中，法律也就不能成为表现集团冲突结果的灵活的调整工具。这也说明了，在上述文明形态中，人们为什么不能把法律规则与伦理和宗教戒律区别开来。

118

---

[75] See Hermann Strack, *Einleitung in Talmud und Midrasch* (Munich, Beck, 1961), pp. 70—71.

[76] See Walter Ruben, *Die Gesellschaftliche Entwicklung im alten Indien*, vol. Ⅲ, *Die Entwicklung der Religion* (Berlin, Akademie, 1971), pp. 38—47. 有关王权控制的学术基础，见 Ananda Coomaraswamy, *Spiritual Authority and Temporal Power in the Indian Theory of Government* (New Haven, American Oriental Society, 1942).

[77] See Max Weber, *Hinduismus und Buddhismus* in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, vol. Ⅱ, p. 142.

印度宗教对这种情况是有贡献的。印度教对最终的上帝的人性概念总是抱着一种矛盾的态度，因此，它从来就没有明确掌握普遍法则的观念，而这种观念认为人格化的上帝可以指定人们的理性可以发现的代理人。印度教的“法”只是一套事物内部模模糊糊的相互依存关系，而不是来自事物之外并强加给它们的理性设计。另外，大体上来，印度宗教远不是主张上帝面前人人平等，它强调的是价值的等级并赋予其宇宙观的基础。印度教中敬信之士负责论证神的人性和人们得救的可能性[78]。

在伊斯兰法中，我们发现了一种颇像法律秩序的制度。伊斯兰法——沙里阿是反映真主意志并确立了某种程度的人人平等的普遍法律。可是，伊斯兰法得以发展起来的那个社会特别缺乏一种真正的多元集团[79]。尽管出现了商业资产阶级[80]，可是，权力结构足以稳定地把解释神法交给学术精英，把立法之权交统治者支配，而君主的自由裁量权几乎不受有效的限制。因此，这里也没有必要把神法或王室命令看作是集团之间妥协的工具，不过，一种适应性强的商法却可以先与伊斯兰法并行发展，继而被纳入到伊斯兰法体系中[81]。

在这些环境之中，自由主义社会那种典型的立法，行政和司 119

---

[78] See R.C. Zaehner, *Hinduism* (London, Oxford, 1972), pp. 125—146.

[79] See Franz Rosenthal, *The Muslim Concept of Freedom Prior to the Nineteenth Century* (Leiden, Brill, 1960), p. 122; Gustave von Grunebaum, *Medieval Islam*. *A Study in Cultural Orientation* (Chicago, Chicago, 1966), pp. 170—177; and Reuben Levy, *The Social Structure of Islam* (Cambridge, Cambridge, 1969), pp. 53—90.

[80] See S.D. Goitein, *The Rise of the Middle-Eastern Bourgeoisie in Early Islamic Times in Studies in Islamic History and Institutions* (Leiden, Brill, 1966), pp. 217—241.

[81] 关于哈乃斐法学派所论述的商法，见 Abraham Udovitch, *Partnership and Profit in Medieval Islam* (Princeton, Princeton, 1970), pp. 249—261.

法的分离也就不会在这些社会中充分实现。相反，在各自的领域内，以各自的方式，统治者、宗教领袖或学术精英既是立法者，又是行政官和法官。

最后说到犹太教的全部戒律，由于它是在第二王国结束前发展起来的，因此，它似乎较其它神法体系更接近法律秩序。犹太教全部经典的天赐起源为神法的普遍性观念奠定了基础，而圣经学说又强调了人人平等的观念。而且，纵观古代犹太人主权国家的历史，我们可以发现那里存在着相当程度的多元集团现象。

既便是在君主政体盛行的圣经时代，这里政治上的中央集权也不像产生了其它神法体系的大帝国那样极端。因为，国王不能与不同地方寡头集团的独立势力，以及教士和先知的势力进行斗争。在第二王国的时期，中央集权的统治者的这一相对软弱，可以从它同教徒会议、元老委员会和犹太公会的彼此竞争中得到证明[23]。这种制度化的竞争得以存在的社会基础是：贵族、教士、犹太法律专家和贤人的学术团体都能够在中央统治者面前获得某种程度的独立性，无论这个中央的统治者是国王还是高级教士。因此，主权者经常被分享权力的伙伴提醒有服从神法的义务，并且受到一旦藐视经文就要被推翻的威胁。

尽管事实上，古代以色列存在着产生法治的许多特点条件，但是，却从未产生出真正的法律秩序。无论王公统治者或教士统治者和分享权力的会议都同时有责任既是立法的、行政的又是司法的。因而，法律普遍性和自治性的理想就不可能像在现

---

[23] See Ze'ev Falk, *Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth*, pp.48—58; and Hugo Mantel, *Studies in the History of the Sanhedrin* (Cambridge, Harvard, 1965), pp.70—75.

代西方社会那样赢得支配性的地位。

我关于法律秩序历史基础的命题实际上也说明了这个事实。无论是第一王国，还是第二王国，都有许多贵族政治和神权政治的特点③，而且，存在着精英集团的多元化而不是整个社会的多元化。这时，基本的权力结构明确而稳定，以至于它可以自我证明。由于缺乏广泛的社会冲突，犹太教的全部戒律就可以控制在地方寡头集团手中，对其神性特点的相信既加强了已经确立的社会秩序又为社会秩序所巩固。

很明显，在这样的环境下，似乎就无须予设计一种可以调和许多社会集团不同理想和利益及保证权力的非个人化的制度。因而，也就不存在推进法治理想的动力。于是，无论存在着什么样的改造这种现状的需要，它们都由于主权国家的政治瓦解而受到压抑。

那么，简言之，古代印度、伊斯兰教和犹太教的神法体系都没有达到法律秩序这一目标。具体地说，在古代印度，法治的宗教和社会基础都严重缺乏。在伊斯兰教地区，宗教的要求倒是满足了，可社会的需要却还没有满足。至于犹太教，它的社会和宗教接近于为创建现代欧洲意义上的法律而提供条件。

古代希腊—罗马的变形

古代希腊和罗马的法律史提供了另外一种传统的例子，它既不同于古代中国对法治的拒绝，又不同于近代欧洲对法治的追求，而是介乎其中。尽管在时代和地点上可以有许多不同，但

121

③ 不过，神权政治的理想对于第二犹太教圣殿时期来说具有特殊的意义。Yehezkel Kaufmann, *The Religion of Israel from its Beginnings to the Babylonian Exile*, trans. and abridged Moshe Greenberg (New York, Schocken, 1972), pp. 184—187. 关于犹太史中这一时期社会分层的扩大，见 Salo Baron, *A Social and Religious History of the Jews* (New York, Columbia, 1952), vol. I, pp. 271—276。

是，古典西方世界的法律经历却有一种连续不断的特质，一种区别于近东神法和自由主义社会法律秩序的内在统一性。

为了说明这种法律生活对我的观点所具有的补充意义，集中研究从公元前7世纪中叶到波罗奔尼撒战争结束为止这段时期内希腊、特别是雅典城邦国家法律的社会和宗教背景可能是有益的。因为，在这个时期内，我们可以看到在社会组织和意识方面的许多变化，它们在许多方面类似于秦统一之前中国和欧洲自由主义社会之前贵族的"封建"社会瓦解时的状况。

先看社会因素，在古代希腊，与古代中国完全不同，政治上的中央集权从来没有强大到可以压制、甚至控制集团冲突的程度。在公元前7世纪初之前，古代希腊的许多地区，为了贵族寡头的利益，王权一直趋向于式微。建立大规模的领土单位和确认君权的至高无上，也缺乏经济基础和军事上的理由。这里的农业并不需要管理大规模的灌溉工程，也不需要剧烈地集中农村的财产。从多利安人人侵结束到波斯人威胁的出现这段时期内，也没有促使希腊城邦国家合并的必不可少的国防需要。

从公元前7世纪到公元前5世纪初，希腊的经济日益发展为货币经济。农业和商业的专门化既培育又扩大了欧洲大陆及地中海周边国家的贸易。在希腊的许多地方，商业的辉煌逐渐使农业相形见绌。不过，最重要的变化则是众多实力雄厚的商业集团[34]的兴起，而这恰恰是古代中国所最为缺乏的。

解释商业集团兴起的那些理由也说明了为什么到目前为止的古代希腊社会较之古代中国社会更有利于多元集团的产生。

严重依赖于大规模农业社会的父权制部落组织对于古代希腊社

[34] See Georg Busolt, *Griechische Staatskunde* (Munich, Beck, 1920), vol. 1, pp. 177, 212.

会来说是闻所未闻的。祖先崇拜,它在传统上往往与固定的农业人口密切联系,并为扩大的家庭提供了强有力支持,在这里没有多大作用。而且,沿海城邦国家对内地的经济优势有助于切断乡村与城市人口之间的血族联系[65]。

许多贵族不是从事商业贸易就是与商业家族结盟。其他贵族则背叛了自己的等级并成为由小农场主、工人和小业主等组成的大众党派的领袖。持续进行的集团冲突促进了某些贵族寡头的垮台和僭主政治的取而代之,而僭主的革命性专制为五世纪的"民主"秩序铺平了道路,实际上,这种民主秩序的基础是社会上独立的商人和农庄主[66]。

在发展相对多元的社会秩序的道路上,"僭主政治"是关键性的一步。雅典的珀西斯特利迪德政权利用外来的商人团体(metikoi)反对世袭贵族,正如古代罗马的伊特拉斯坎王朝在反对贵族的斗争中利用商人平民一样。

甚至农民也获得了某种权力。在7世纪和6世纪,商业化、货币化及人口增多的压力使很多农民债务缠身[67]。正如他们的中国同行一样,很多农民不能成功地满足人身和税务方面的责任,不能交出过高的利息,因而,他们不得不把土地交给了城市中的金融家。然而,农民却在"僭主"中发现了盟友,很多僭主利用一个把农民从金钱债务中解放出来的纲领逐渐掌权。

---

[65] See L. Gernet and J. P. Vernant, "L'Evolution des Id'ees en Chine et en Grèce, du VIe au IIe siecle avant notre ere," *Bulletin de l'Association Guillaume Bud'e* (1964), fourth series, number 3, pp. 308—325.

[66] But see A. Andrews, *The Greek Tyrants* (London, Hutchison, 1956), pp. 102—107.

[67] See A. French, *The Growth of the Athenian Economy* (London, Routledge, 1964), pp. 10—17.

123 在罗马共和国的历史上，我们可以发现另一个相似的、但意义却小得多的冲突与变化的例子。例如，在贵族与平民的斗争中[88]，在强有力的骑士秩序的产生当中[89]，当规模虽小却很有影响的投机资本家在这种秩序中的形成过程中，在执政官贵族内部残酷的斗争中[90]，人们都可以发现这样的例子。

因此，法律秩序的基础之一，明显的多元集团和集团冲突，在雅典是形成于伯罗奔尼撒战争之前，甚至是克勒斯塞涅斯改革之前；而在罗马则形成于共和制的崩溃之前。千真万确，在克勒斯塞涅斯时代，整个的法律概念已从强加的秩序观念(themis)转为建立在同意基础之上的规则(nomos)观念了[91]，而罗马共和国则建立了一套精心设计的世俗法律理论体系。

不过，在上述两种情况下并未出现真正的自由主义社会。一方面，这里的奴隶制度继续占据主导地位；另一方面，仍然利用公民的特权排斥大量居住在城邦国家或服从其司法管辖的外国人。在他们被古代希腊人或罗马帝国吞没之前，古代国家还只是一个社会特权与政治权利密不可分的社会共同体。在某种意义上讲，全体公民构成了一个贵族等级，它极为珍视自己的特

---

[88] See P. A. Brunt, *Social Conflicts in the Roman Republic*(New York, Norton, 1971), pp. 42—59.

[89] See Claude Nicolet, *L'Ordre Équestre à l'Époque Républicaine*(312—43 av. j. -C.)(Paris, Boccard, 1966), vol. Ⅰ; and M. Ⅰ. Henderson, "The Establishment of the *Equester Ordo*," *The Journal of Roman Studies*(1963), vol. LⅢ, pp. 61—72.

[90] See Ronald Syme, *The Roman Revolution*(Oxford, Oxford, 1960), pp. 10—27.

[91] See Martin Ostwald, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*(Oxford, Oxford, 1969), pp. 55—56, See also Victor Ehrenburg, *Die Rechtsidee in frühen Griechentum. Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis*(Leipzig, Hinzel, 1921), pp. 113—116.

权并急于维持自己与其它等级的区别。全体公民的共同信念和利益加强了对社会冲突的范围(如果不是冲突的强度)的一种限制并加强全部等级秩序㉞。

在这些精英内外,每个社会集团都具有一种确定其等级地位的等级精神。由于经济力量继续依附于宗教和政治权利,或由于每一个等级自身的缺陷,古代的共和国只是以"等级意识掩盖了阶级意识"㉟。因而,也就不可能充分发展一种形式平等的理想及其与之结合在一起的法律普遍性和自治性的观念。 124

现在,我准备讨论一下希腊罗马社会中有关法律秩序的其它主要前提,即对更高级的、普遍的法则的信念。虽然,政治思想和宗教沉思都有助于形成一种普遍的自然法理论,可惜在这种理论形成之前,专制主义的帝国以及僵化的等级制度已经破坏了合法性的社会基础。另外,由于它特殊的起源,希腊和罗马的自然法传统缺乏强有力的、独立的教士集团的支持。

在某种意义上说,古代希腊的自然法观念是与其他文明相互碰撞的副产品。由于古代希腊人与所谓"野蛮人"的日益频繁的接触,他们不得不面对如何对待"野蛮人"实践的惯例这个问题,他们受到鼓励去寻找一种核心的原则,借此来评价不同的行为准则。

于是,思想家们遂关心使用不同的规则来反映类似的道德

㉞ See Georg Busolt, *Griechische Staatskunde* vol. Ⅱ, pp. 939—954; and Victor Ehrenberg, *The Greek State* (New York, Norton, 1964), pp. 39—43.

㉟ 关于"前资本主义"阶段,见 Georg Lukács, *Klassenbewusstsein in Geschichte und Klassenbewusstsein* (Neuwied, Luchterhand, 1968), p. 137。讨论见 M. I. Finley, *The Ancient Economy* (Berkeley, California, 1973), pp. 49—51。又见 J. P. Vernant, "Remarques sur la lutte de classes dans la Grèce ancienne," *Eirene* (1965), vol. Ⅳ, pp. 5—19。

目标的具体方式这个问题。起初，为了支持“自然”可以贬低每个社会的制定法；与自然(Physis)相比，规则处于相对次要的地位[54]。但是，这种对习俗的批判往往伴随着探讨人性中的普遍因素及这种人性所形成的不成文法[55]。扎根于古代希腊原子论者，智者和希波克拉底传统中的这种政治思想倾向，在与哲学创新和宗教意识变化平行发展的同时又得到了后者的支持。

不过，前苏格拉底学派所创造的，对自然现象的理性主义研究恰恰是古代中国所缺乏的。它开始精心设计了对自然现象的解释，说明它们如何建立联系又如何依附于告上根本性的物质或原则。因此，它有助于形成这样的世界观，即世界是由普遍法则所支配的体系。

125 与此同时，古代希腊人的宗教也转向了一种统一和人格化的神。诗人和哲学家们逐步摸索着一神论的观念。而且，尽管自然精神仍然在希腊宗教中起作用，而神越来越被认为是超越于自然的限制之外，自然秩序本身也可以看作是一种神的创造[56]。

尽管存在着上述倾向，存在着如醉如痴的拯救崇拜，但是，希腊宗教在两个方面还缺乏超验的一神论。首先，它从来就没有真正克服它最初的多神论[57]；其次，它的宇宙起源论认为宇宙是逐步产生而不是被创造的，世界被认为是自然繁衍的子孙而

---

[54] See Felix Heinimann, *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese in griechischen Denken des 5. Jahrkunderts*(Basel, Reinhardt,1965).

[55] See Jacqueline de Romilly, *La loi dans la Pensée Greque des Origines à Aristote*(Paris, Belles Lettres, 1971), pp.25—49.

[56] See Werner Jaeger, *Die Theologie der frühen griechischen denker*(Stuttgart, Kohlhammer, 1953), p.55.

[57] See Walter Otto, *Die Götter Griechenlands. Das Bild des Göttlichen im Spiegel des griechischen Geistes*(Frankfurt, Schulte Bulmke, 1947), p.233.

不是神的创造物[88]。这种认识与造物主确立自然现象中的普遍法则及上帝超越于现实世界的观念实在是背道而驰。实际上，整个古代希腊罗马神学的倾向就是赋予神以日益增多的非人属性[89]。可以这样说，古代西方的很多宗教观念实际上是处于古代中国的自然主义的泛神论和西方的拯救宗教这两极之间。

另外，自然法观念缺乏一个独立的教会组织的支持。除了泛希腊化的传播神喻的人之外，不存在能够支撑普遍神法理论的强有力的教士集团[90]。在古代罗马，正如在雅典一样，神法不是被世俗法律所绕开，就是干脆被改造为世俗法律。这时，宗教生活仍然受到国家崇拜的限制，只有私人意识才能摆脱公共权力而诉诸于冥界的权威。罗马元老院的寡头、共和国后期相互竞争的党派以及皇帝本人都会为了自己的利益而成功地操纵罗马的国教[91]。因此，即使在罗马帝制时期，自然法思想可以成为法理学的一个主要关注所在，它仍然缺乏一种社会的或宗教的基础，凭此以抵制帝国意志的主张。

回顾这一节，我们可以明白在希腊罗马世界中法律秩序产生的条件如何仅仅得到部分的满足。在那里，集团多元化的程度和集团冲突的规模从来也没有达到足以把社会改造为自由主义社会的水平。而就自然法观念发展的程度而言，其神学基础形成的太晚且摇摆不定，况且还太缺乏社会力量的支持，以至于

126

[88] See Harry Wolfson, *The Philosophy of the Church Fathers*, Vol. I, *Faith, Trinity, Incarnation* (Cambridge, Harvard, 1970), pp. 288—294.

[89] See Kurt Latte, *Römische Religionsgeschichte* (Munich, Beck, 1960), pp. 331—338.

[90] See Martin Nilsson, *Geschichte der griechischen Religion* (Munich, Beck, 1957), vol. I, p. 708.

[91] See Lily Taylor, *Party Politics in the Age of Caesar* (Berkeley, California, 1961), pp. 76—97.

它不能对权力的组织发挥一种重要的影响。

很显然，我们在克勒斯涅斯时代的雅典和罗马共和国时期发现了若干法治的因素。在雅典，立法、行政和司法机关在处理问题的方法和体制设计上已经出现差别[18]。另外，虽然其含义从不像自由主义社会那样明显[19]，但是，法律面前人人平等的理想已经成为政治思想所关注的焦点问题。而在罗马，伴随着法学家集团地位的上升，类似的发展也完成了，这些法学家在创建一种独特的法律理论体系方面远远超过了古代希腊的修辞学家。

可惜的是，由于这些成就所依据的基础不很牢固，因此，它们只能是零碎的、有限的。阻碍法律秩序自由发展的同样社会和文化条件，却促进了希腊人的个人专制的王国和罗马帝国取代城邦国家。一旦这些帝国建立起来，它们就破坏了通过建立法治的方式所取得的许多成果。立法的、行政的和司法的职能都集中在君主及其依附于他的机构手中，帝国的命令可以不受法律普遍性要求的限制。在帝国后期，出现了一种关于等级特权和无资格的新法，该法反映了这样一个事实，即早期那种相对多元的、相互冲突的社会已经让位给了一个更为牢固确立的等

[18] 但仍有大量交叉：许多立法、行政和司法任务集中于同样一些机构。参见 A.R.W. Harrison *The Law of Athens* (Oxford, Oxford, 1971), vol. Ⅱ; and P. J. Rhodes, *The Athenian Boule* (Oxford, Oxford, 1972).

[19] See Rudolf Hirzel, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen* (Leipzig, Hirzel, 1907), pp. 240—250; and J. Walter Jones. *The Law and Legal Theory of the Greeks* (Oxford, Oxford, 1956), pp. 84—87.

级体制[49]。到此，产生法律秩序的可能性是彻底消失了。

法律——对秩序瓦解的一种回应

现在，我们仍然有必要指出本章的论点对于社会秩序问题所具有的含义。第一章的讨论以下述假定为结论，即某些社会最好根据共识理论做出说明，而某些社会则需依据工具主义理论观点加以解释。既然如此，我们就必须寻找每一种概念最为适宜的那个社会环境。一旦完成这个任务，人们就会比较容易地确定上述两种社会秩序理论所描述的意识与行为模式之间的冲突应该如何解决。

关于社会秩序的共识观点所描述的环境是相互作用的法律的基础。这时，习惯是如此兴旺，竟然到了社会只是一个紧密结合在一起的认识和理想的共同体的地步。这些共识和理想具有这样一些特点：广泛共享，一贯密切联系，指令明白具体，以及被人们真诚地信服。这样一种社会共同体的存在使其有可能依赖于不言而喻的标准而不是明确表述的规则，有可能把这些社会上接受的标准看作是个人行为正确与错误的决定因素。

官僚法得以产生的社会环境则是一个至少统治者或统治集团可以从工具主义立场出发认识的社会。在这种新的环境中，必须通过某些新的设计而不是关于相互义务的缄默的指导原则

[49] See Peter Garnsey, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire* (Oxford, Oxford, 1970), pp. 260—280, and A. H. M. Jones, "The Caste System in the Later Roman Empire," *Eirene* (1970), vol. Ⅷ, pp. 79—96.

的内在化来维护社会秩序。公共的和实在的法律成为统治集团控制社会关系的工具，而这种控制又以仔细挑选的政策为幌了。国家与社会的分离为这样的控制提供了制度上的工具。权力可以为宗教所论证，但是宗教的权威又受到政府在保证公共安全和经济繁荣方面是否成功的检验。

可以这样说，以共识为本位的社会秩序观点最适合于习惯是惟一重要法律类型的那些社会。而工具主义的观点则适合于官僚规则的发展。这两种秩序模式的冲突在产生法治的社会生活形态中特别激烈。

在这样的社会中，在同一些人们的心灵和行为上，这两种不同，甚至对立的经验却得以共存。具体地说，一方面，有这样一种经验，即在追求个人目的时把别人看作是实现这种目的有利因素或阻碍因素；然而，另一方面，也有同样普遍的默认一个人所属的集体的惯例以及把他们的规则作为是非标准加以遵守的经验。第二种经验依赖于那些在群体冲突中得以保存下来的共享的假设，同时又依赖于相信存在着超验的、普遍的正确行为原则。

实际上，这两种倾向在每一个行为和信仰领域中都存在着冲突。从个人关心自己的个别确定的目的及选择实现这些目的之具体方法的立场上看，接受群体的共同价值从来没有多于限制个人自由的意义；从忠于其所属的群体的个人立场上看，一心一意地、工具主义地追求个人自己的目标似乎是对所有联合的可能性的一种威胁。

由于被迫摇摆于这两种组织人们生活的方式和认识他们在社会中地位的模式之中，因而人们不能前后一致地界定自我。因此，共识论和工具主义论的对立就不仅仅是一个关于如何才能最好地描述社会契约的难题了，它实际上也是日常生活中的

斗争。这种斗争表现在不同的相互联系之中。从一种层次上讲，这是个人自治与社会的对立、或者说强迫人们把彼此关系看作是矛盾的而不是互补的。从另一个层次讲，这只是针对如下两种认识方式的第三种选择，这两种方式即把一个人生活于其中的社会环境看作有利于还是不利于达到个人的目的因素或把社会环境看作是事先存在的秩序，它具有固有的值得尊重的因素。

总之，这些矛盾的倾向都充分地体现在法律秩序所面对的二难选择之中。实际上，自由主义社会所必需的条件要求：法律秩序应当被看作是某种中立的或能够调合相互对立的利益的东西。每一个人或每一集团必须能够工具主义地看待法治，视其为促成长期利益的最佳方式。然而，在不同的规则解释中，在不同的法律中，在立法的不同程序中所做出每一项选择必然会为了某些人的利益而牺牲另一些人的利益。如果仅仅依赖于私人团体和个人对效益所做出的最佳统计，那么，服从法律就不能存在。因为总是存在着任何既定的一方通过违反法律而获利的机会，存在着破坏法律秩序的益处远大于所冒的风险的机会。因此，法律秩序必须制订一种共识，制订一种超越任何成本收益统计的相应的责任感。

如果社会秩序的理论问题产生于一种道德和政治环境是真的，那么，只有改变这个环境才能解决这个问题。但是，什么样的变化才是可能的和必要的呢？它能否克服两种不同的对待社会存在的方式之间的冲突而不倒退为不加批判地接受不言而喻的相互关系的习惯中所表现的集体价值感？或倒退为一种官僚式的福利暴政？这种暴政把所有的社会安排都看作是政府通过规则性的法律来控制的科目。当然，对这个问题的回答需要人们对现代社会有更深的认识而不是本文所允许的简单说明。不

过，本文的论点包含了一种进一步发展的建议。

130 千年以来，人们一直把自然界和社会看作是一种不依赖于人类意志的，即使不是自我产生也是自我生存的神圣秩序的表现。根据这种观点，聪明就在于能够理解世界中隐蔽的协调性并且服从它。人们把他们彼此的关系看作是在事先确定的、永恒的界限范围内固定的东西，而这又限制了他们与自然中赋予生命的因素的交往。

只要上述这种意识还占优势，社会秩序就不会被看作是可以创造或重新建立的，甚至有时可以废黜的东西。由于同意一般的社会关系或说特殊的社会等级制度的合理性，因而也就排除了产生有目的的、影响深远的变革的可能性。服从宇宙秩序这一事实往往体现在一种固定的人际关系的模式中，而这种模式则保证依赖集团标准将会践踏，抑制独立的个性。个人之间的区别及各个时代的不同类似于同一主题的不同变型。随之而来的就是，人们不知道人与人之间的根本不同和具体历史阶段的特殊意义。简而言之，这是一种习惯占据统治地位的社会和文化。

只是在相对最近的历史罗盘中，一种真正不同的存在和意识模式才得以出现。人们发现可以而且不得不创造秩序而不是仅仅接受现成的东西，这种发现鼓舞了新认识的形成。这种发现包含几个方面，如果仅仅要澄清它们彼此的关系人们可以对其加以区分。人们可以区分社会和自然界。他们开始把自然视为可以根据自己的利益加以驯服的东西，而把社会视为自己努力创造的结果。这种观点的一个结果就是使无意义的时间变成了历史，从而，人们有可能把进步和没落看作是整个社会而不再是个人的特点了，并且有可能把某一时代与它前后的时代进行

131 比较。另一种结果就是凸显每一种形式的社会等级制度的常规

性和偶然性特点，从而论证权力的合理不得不依赖于新的更为明显的方式。

无论这种危机是出现在对社会秩序的认识上还是出现在社会秩序的体制上，它总是导致两种不同的回答，而古代中国的儒家和法家学说典型地代表了这两种回答。儒家学说试图重新确认早期的社会与自然界统一的概念是自然的社会等级制的基础，并企图重新确立习惯的统治。法家学说趋向于大胆地承认，自然界中没有什么能预先决定社会应当如何安排，它承认社会安排完全是根据人们的利益而确定的。

但是，谁的意志可以取代自然界而成为社会秩序的渊源呢？由于危机与日益扩大的等级分裂有密切的关系，这种渊源就只能是统治者的意志或控制政府机构的特定统治集团的意志。因而，通过官僚法这一工具，默示的、自发产生的秩序就被公开的，强制的秩序所取代了。这也就是法家理论所主张的、而这在古代东方帝国的政治实践中也是屡见不鲜的事实。

然而，无论在理论上还是在实践上，上述两种主要的关于社会秩序危机的回答都没有出现某一种回答压倒另一种回答的局面。严重削弱了习惯的专业化进程和社会分化的加剧使人们不可能放弃某种强加的政府控制。相反，我们也应看到，即使是最冷酷的官僚法规则体制也只能直接影响到社会生活的一小部分。许多社会活动仍然受到习惯性行为模式的支配，这些规则被认为是自然规则的延伸。

然而，对于秩序危机的每一种拟定的解决方案在使社会制度合法化方面能力都有限。试图使一种自然秩序与一种社会等级制重续婚姻，这在儒家学说，欧洲某些自然法学家以及后来的保守主义中都能找到痕迹，它强加给我们一种传统的负担，而且这些传统已经不再被不假思索地认为是善的和必然的了。不 132

过，从另一方面看，强加一种这样的基础只是统治者或统治集团意志的秩序，最终肯定会破坏社会组织和个性。它通过破坏证明权力合理性的机会而摧毁了社会组织，它通过剥夺关于人们如何适应其周围世界的牢固意识而批评了个性。

正如对官僚法的批判很快就要指出的，若是缺乏这种意识，人们就会感到他们在自然界是无家可归的，而且困惑于判断和证明自己行为的合理性。由于应当做什么的信念与世界是什么的认识相互脱节，这些信念也就成了无源之水。不过，在每一种道德和政治选择中所做出的一种任意的决定都会代替自然必然性。

鉴于他们对社会分化问题的意义，这两种主要的回答的缺陷就更明显了。这两种观点主要用于支持僵硬的等级秩序，而且这种等级秩序还培育了这两种观点的形成。不过，由于这两种观点与等级秩序的关系，它们的成功大都是短暂的。一旦人们认识到所有社会制度的因循守旧性质，这种认识就会威胁到社会等级制度的基础。

社会秩序的危机以及解决危机尝试的失败把人们推进了一种状态，它在更高程度上再现了某些非人类的灵长类动物所面临的困境。列维-斯特劳斯曾经指出，这些动物的行为在失去了不加思考的本能决定倾向的同时并没有通过学到的规则而获得

133 对行为的自觉限制。在有文化的动物还没有开始讲话的阶段[⑲]，这一生长程序并无任何作用。因此，它们的行为似乎缺乏规律又缺乏理性，呈现在观察者面前则是因永远不能找到一种

---

⑲ See Claude Lévi-Strauss, *Les Structures Elémentaires de la Parenté* (Paris, Presses Universitaires, 1949), p. 8. 关于类似思路的更晚近的一个启示，见 Adriaan Kortland, "Chimpanzees in the Wild," *Scientific American* (1962), vol. CCVI, number 5, p. 138。

集体关系秩序而造成的焦躁不安的困惑,只有这种秩序才能使它们登上逐步进化的阶梯。

即使在迄今为止最早的人类社会中,本能的法则不仅受到习惯的限制而且大部分为习惯所取代。像动物的"本能"和"自然倾向"一样,习惯性的行为模式是比较固定的,基本上未加思考的,适用于由个人组成的一切联合体,规定他们之间的相互关系。不过,与基于遗传基因的行为规则不同,这些习惯模式是被教会的。虽然,它们这些习惯即非精心制定也非明确表达的规则,但是,它们逐渐潜隐在符号之中并渐渐与信念附合在了一起。可是,由于从来不能彻底摆脱思考,因此,习惯几乎总是成为本能规则与行为规范分类的牺牲品,成为社会惯例和个人意识区分的牺牲品。

无论相互作用的法律的确定性什么时候开始瓦解,人类都似乎与灵长类动物面临相似的情况,即否认未加思考的秩序的经验,但又无力创造新的秩序。不过,在人类困境与灵长类动物面临的困境之间存在着关键的区别:如果说其它灵长类动物所遭遇的是不能言语的命运,那么,人类所面对的就是意识所造成的恐怖。

如果官僚法不能提供一种社会和个人所要求的和习惯的崩溃所预示的结构,那么,什么东西可以担此重任呢?除了一种等级制度,人们对有组织的权力的要求还能不能得到满足?意识,它知道自己有能力创造社会制度,而且它的兴起与习惯的衰落密切相关,能不能以某种形式与习惯的瓦解一直没有停止破坏的经验重新结合起来呢?这种经验就是:人们的生活从先于人们意识而存在的一种秩序中获得了意义和方向。

第三章　法律与现代性

关于现代化的观点

134

前章已经指出了官僚法和法律秩序产生的某些条件，而官僚法和法律秩序本身又是对习惯的没落所代表的秩序危机的别开生面的回答。本章将更为集中地关注西方法治的兴衰。到目前为止，我们一直是从没有这样一种文明的其他世界出发，通过比较来观察近代西方的文明和它的法治。现在，我们的研究将为转，研究法律与西方社会生活其它方面的关系。在一个仍然较为普遍的意义上讲，变化是从强调社会秩序转而关心现代性问题。为此，再次考虑现代性问题的定义也许是有益的。

所有经典的社会理论家都是在现代化的观点中思考问题的。（135）他们认为，自己生活于其中的文明是与前代革命性断裂的结果，这种断裂在世界历史上带来了一些真正新鲜的东西。虽然人们可以从根本不同的方式分析现代社会，但是，它的惟一性却是毫无争议的。与这种观念结伴而行的信念则是：现代性的各个方面不可分离地相互联系在一起。虽然，关于这些方面在整体中孰轻孰重及相互依存的准确本质尚存争议，但是，人们普遍认为社会等级制、经济、政治和文化都是这一整体中的组成部

分。

也许，最重要的共同前提就是：坚持把现代社会看作是一种社会生活形态，它应该被理解为是，社会占统治地位的自我意识与它的外部组织形式之间特殊的相互作用的产物。社会理论家不再同意这样的观点了，即现代社会是即使不平等也是独立的个人之间的联盟，而非人格化的法律保障着他们的安全和自由。但是，大多数社会理论家也不把统治集团的这种意识形态看作是只能模糊而不能说明现代主义本质的外壳。理论家们最深刻的见解不得不对付通过相互斗争而改造社会意识和社会组织的进程这一问题。

我已经以某种方式注意到了，几乎从一出现，现代化的观点就在某些方面受到批评和抛弃。今天，人们广泛认为，重新塑造我们关于现代性的观念已经是十分紧迫的事情。社会生活形式的变化呼唤没有试验过的解释，而且提供了一种新的历史观。事实上，社会形态的增多（它们都相信工业主义，但是似乎在其他一切方面都有所不同），使人们怀疑现代性观念到底有没有真正内容。因为，这种现象表明在后文艺复兴的欧洲文明的诸多要素之间从来也没有必然的联系。 136

在不抛弃现代化理论使之成为可能的那些合理见解的同时，重建这一理论的需要决定着本章试图回答的问题，如什么是事实上的现代社会初期或我将称之为自由主义社会的信念与经验的辩证法？现代社会与其后的社会生活形态是什么关系？当代主要类型的工业社会之间的相似性和差异的意义何在？

这些问题将从它们对法律史影响的方面加以研究。法律的变革提供了一个借此可能俯瞰现代性问题全景的观察点。由于法治理想在最有影响的论证自由主义国家合理性的方式中所占据的中心位置，上述这一命题越发适宜。

为了落实已经大致介绍的计划，我们首先必须具备一个比较不同社会的框架。在这一比较方案的帮助下，我们将能够探讨现代自由主义国家的起源和本质，并且理解与这种国家密切相关的法律类型和法律思想，一旦这项工作完成了，我们就有可能研究在自由主义社会的规范秩序的逐步演变中所揭示的这一社会的逐步变革。我们接着能够继续深讨另一个更广泛的问题，即现代性的不同类型与它们各自的合法性之间的关系。我们从法治的命运中所了解到的知识也许能够使我们确定现代社会的某些方面和它的责任。

在我的全部论点中，涉及历史实例和细节的部分将会很少。因为，我的目的是，在一种较为独特的历史研究基础上，认识不同社会生活形态所隐含的“深层结构”，这些基本模式内不断变化和相互冲突的可能性。尽管这些模式可以看作是进一步研究的临时向导，但它们本身却乐于被人纠正和被取而代之。

社会形态的比较：一种初步的理论框架

要件

为了形成对社会进行比较的基本法则，我将比较三种社会生活形态，即部落的、自由主义的和贵族的社会。区别的标准是它们如何回答有关人们结合的三个基本问题。就目前而言，即使它们可能没有描述任何特殊的历史情况，我们仍可以把这些社会形态看作是在澄清一个社会所面对的主要选择时有用的分析范畴。最后，应当清楚，部落的、自由主义的和贵族的社会的概念只是比较研究的若干组成部分，而不是普遍的发展序列中

的若干阶段。

在几乎最小、最孤立的社会中，个人之间的相互影响发生在两种不同的环境中。第一类的碰撞就发生在这样一种环境，在其中，一个个人、主体遇到了一个他能够识别出是他本人所属的集团的一个成员的人。作为一个重要集团的共同成员而出现在主体面前的这个人就是内部人。一个集团的意义可以大致上定义为重要的成员资格，凭此，主体可以界定他的自我形象，因此，还可以界定他在社会中的地位。

内部人通常就是主体面对面碰到的人：一个亲戚、一个朋友、一个同事。在这种情况下，集团不得不是小规模的。但是，并非主体与之打交道的所有人都与他同属一个重要集团，并不是所有的重要集团都以直接的相互作用为基础。因此，为了先说明后一个问题，主体可以把那些尚未谋面的同种、同教的人当作是内部人，就像犹太人可以区分自己和异教徒一样。另一方面，尽管在传统印度社会中不同等级的两个人可以肩并肩的一起工作，但是，他们绝不会认为彼此会受同一集团的共同资格的纽带的约束，他们彼此还是陌生人。 138

陌生人就是内部人的对立物。陌生人与主体的关系还是一个多少有些争议的问题；尚没有确定的社会生活的形态以明确模式对应这种关系。主体总是把内部人看作同自己一样，他能够参加主体认为对形成其个性必不可少的同一种社会关系[①]。

只要内部人还是内部人，那么，尽管他可能会被仇视，但是，主体从来不能完全否认他具有的主体认为自己所具有的人性。相反，对于陌生人而言，尽管本人不需要，但他会作为一个与构成主体的决定性属性毫无共同之处的存在而被主体遇见或接

① See Georg Simmel, *Soziologie* (Liepzig, Duncker, 1908), pp. 685—708.

待。无论在观念上还是在事实上，或者两者兼顾，主体都很容易地把陌生人降低为实现自己野心的工具或取得成就的妨碍。一旦出现这个情况，陌生人就类似于自然界的非个人力量，无论有益还是有害，他都构成主体生存和选择的环境之一部分。

当然，也有几种限制性条件。由于社会关系的多义和不对称，把别人看作内部人的人可能会反过来被别人视为陌生人。另外，一个在一种环境中遇到一个陌生人的人可能会在另一种 139 环境中见到作为内部人的同一人。最后，从来也不是绝对的内部人和陌生人的区别将在我下面列举的社会条件中渐渐消失。

关于社会，人们可能会问的第二个普遍问题接踵而至。即重要集团的成员结合在一起的前提条件是什么及其内部人如何与陌生人交往。如果说，前一个问题涉及到集团的解剖，那么，第二个问题就涉及到社会联系的本质了。现在，我们就需要把注意力集中到实际上规定社会关系的方式与人们的自我认识及对他人的认识之间的根本对应上。每一个社会都将有构成该社会特色的、对日常生活的特性发挥着最重要影响的集团。例如，如果某种家族公社证明是一个社会中的典型的重要集团，那么，发现支配其内部生活的结合原则就将是特别重要的。

如果我们能够回答关于任何既定社会的前两个问题，那么，在我们有把握说能够理解社会组织和文化的有意义的核心之前，还有第三个问题要求详述之，即人们趋向于界定他们经历的实在与应在关系的方式，或说理想与现实的关系。正如第一个问题产生了第二个问题一样，第二个问题也衍生了第三个问题。

当我区分法律种类时，我曾经指出，为了充分认识人类行为的这一特定社会方面，我们千万不能停留在对实际规则的描述和解释上。除非我们能够详细解释人们形成其相互联系，赞扬或责备别人依据的义务感和责任观念，否则，一套社会关系的特

点还是会受到误解。研究社会联系要求人们评价围绕在社会关系周围的、以戒律、符号和信念所组成的若干规范性秩序。有 140 时,规范性秩序几乎就等同于社会惯例,如现实的理想化和理想的现实化。这就是我们在习惯法和内省性宗教中所见到的现象。然而,有时理想与现实又尖锐对立,比如在其它类型的法律和超验性宗教中情况就是如此。

分布在重要集团之间的个人,作为内部人和陌生人彼此之间关系的特点,理想概念及对现实的认识之间的相互斗争,都构成了比较研究社会生活形态的理论框架的组成部分,它如何帮助我们认识部落社会、自由主义社会和贵族社会呢?

部落社会[②]

想像一下这样的社会:每个人只属于几个很小的重要集团,可是,每一个这样的集团都在他的生活中发挥着重要的作用。由于不同的集团享有不同的社会生活,因此,在这样的社会中,活动集中在少数几个集体机构之中。起初,惟一重要的集团就是其成员资格由真的或假定的血缘关系所维系的那个集团。但是,在几乎所有人类社会中,其它重要的集团,如领土实体也已经获得了某种脱离家族集团的相对独立性。

重要的集团不多的一个后果是,在其它情况下不可能存在的内部人与陌生人之间尖锐的对立得以产生。因为,如果每个人都属于许多特殊集团,那么,他就会碰到一些在此环境中是内 141 部人在彼环境中是陌生人的人们。通过这种方式,同一个人身上所体现的亲近与陌生,在主体的心灵中不仅颇为混乱而且也

② 我只是在我对社会生活形态的比较所赋予的特殊意义上使用部落社会这个术语,我希望能够避免在 Monton Fried 著作中的混乱。Morton Fried, "On the Concepts of '*Tride*' and '*Tribal society*'", *Transactions of the New York Academy of Sciences* (1966), series Ⅱ, vol. XXⅧ, pp. 527—540.

渐渐地失去了固有的意义。此外，构成一个社会的每一个重要集团的活动范围愈狭隘，它们在其成员整个人性中的约束作用就愈小。因而，陌生与亲近可能更多地附属于人们的作用和活动，而不是履行它们的人本身。陌生人与内部人的严格区分，与这一区分所体现的重要集团本质的所有含义一道，构成了部落社会的第一个特点。

可是，即使在最典型的部落社会中，也不存在着陌生人与内部人的绝对分界。禁止乱伦的普遍禁令就是这一论断的最初证明。对于主体而言，受乱伦禁令所限制的两性关系与并非基于性而定义的血族集团总会有部分重合。对他来说，母亲属于后者而不是前者。在某种意义上，母亲只是其所属集团中的一员，在另一种意义上，她又被排除于这个集团。因此，重要集团的分离来自于家族生活最基本和最普遍的事实。

现在，请允许我说明本计划的第二部分，即内部人相互结合为社会特殊集团的方式所体现的本质及他们与陌生人交往的特点。需要读者把握的重要之处就是，在部落社会中，不同行为标准决定着内部人之间，以及内部人与陌生人的关系。

与此一致，大量社会理论文献揭示了在前现代社会(非自由主义社会)中，集团内部和集团之间的交换商品有不同的方式。142 如果说，内部人之间交换商品依据于某种似乎不可变更的互惠标准，那么，与陌生人的经济交往则纯粹受掠夺概念的支配，就是每一方都力图从对方那里获得更多的东西。在某种生活领域中的社会协作与另一领域中无限制的经济战争相对立[③]。这方

③ See Henry Maine, *Village-Communities in the East and West* (New York, Holt 1876), pp. 225—227; and Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. J. Winckelmann(Tubingen, Mohr. 1972), p. 383.

面的一个例子，由于它对资本主义发展的重要性而非常有名，就是西方禁止高利贷的历史[④]。圣经旧约全书中的戒律指出，禁止犹太人之间索要利息，但允许向异教徒索要利息。

可是，资本主义市场的建立要求在集团内部也进行从前曾被禁止的、以赢利为目的的交易。同时，资本主义也依赖于在确认对方会服从明确规则的条件下，个人能够与陌生人进行贸易。若要不破坏市场的体制基础，赢利动机必须在下述条件下付诸实现，即不允许用物质力量强夺财产，以及允许一种相对非个人的价格体系。

内部人之间及内部人与陌生人之间交往的不同方式之核心，在于这是两种不同的社会关系。内部人并不认为陌生人可与之分享任何重要的东西。反之，集团内部的成员相信他们彼此之间具有一种深刻的、持续性的社会联系。这种联系不仅依赖于自然的事实，而且依赖于分享共同的信念和理想。所谓自然的事实就是某人出生于某个家族、某个领土范围内，某种宗教影响之下，乃至某个种族这个事实。不过，这一先决环境的重要性仅仅在于它有助于一种精神的发展，这恰恰是部落社会的核心：一种与其他人所共享的世界观和善恶标准，它对集团的控制 143
是如此之强，以至于人们无需对其详加说明。公社式的协作主要是从前被视为习惯基础的广泛的、严谨的、具体的和强有力的道德共享的条件。

因此，目前可以对部落社会提出我那概念图表中的第三个问题了。通过前已描述的方式彼此联系在一起的个人将如何认识理想在现实中的位置。很明显，他们不会有那种超越围绕在

④ See Benjamin Nelson, *The Idea of Usury. From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood* (Chicago, Chicago, 1969).

周围的自然和社会环境之上的正确与善的观念。他们那紧密联系在一起的情感与观念的社会共同体通过否认人们道德上的疑问而鼓励人们把应在与实在等同起来,因此,他们的法律、宗教和艺术都将表达这一观念,即从根本上说,理想与现实就是不可分离的。对于尚未打破部落社会的一切在其中得以运行的封闭循环的人们来说,自然和社会都会经历一个根本变化的观念一定是个不相容的东西。

自由主义社会

现在看看部落社会对立一极的一个社会,并称其为自由主义的社会[5]。在这个社会中,每个人属于许多重要的集团,不过,每一个集团只影响他生活中一个有限方面。因此,人性就被切割成一系列分离的、甚至是相互冲突的特殊活动。这种分离的背面就是:整个人被看作或被当作是一系列在任何集团生活中都不相联系的抽象的能力。

虽然这种相互结合的方式并未完全抛弃部落社会的内部人与陌生人的界限,不过,它却重创了这种划分标准。鉴于重要集团的数量日益增多,它们愈来愈纠缠在一起。因此,从某种目的看是内部人而从另一种目的看是陌生人的机会也渐渐地多了起来。主体依据一个集团内部共享的经验来确定自己及其同伴愈来愈难了。同时,由于个人日益增加在非个人的结构中交往,如市场和官僚机构,因而,陌生人日益丧失与部落社会紧密相连的异己性、敌视和恐惧。在这些倾向的共同作用下,普遍的尊重和形式上的平等逐步取代了部落社会中对某些人强调社会合作对

⑤ 部落社会与自由主义社会的对立,尽管并不完全相同,但类似于 Tönnies 所说的"共同体"与"社会"的对立。参见 Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft and Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als Empirischer Culturformen*(Leipzig, Fues, 1887), pp.60—63。

另一些人则强调怀疑性敌视的做法。随后，主体对之既不爱又不恨的抽象的"他人"，渐渐取代了内部人和陌生人的观念。

当然，在自由主义社会中，内部人与陌生人的界限从来没有完全消除。它潜隐在民族、种族和地方联系中，不过，毕竟，它潜隐在公共生活领域和家庭或友谊这类私人生活领域的对立之中。然而，公共生活的非个人性和私人生活的社会性经常交换位置。一方面，人们总希望在工作单位找到合作伙伴，或为了商业需要，在国法内外对商业交往适用善良信念和公平的标准。另一方面，在维护家族整体利益的借口下，家庭关系为家族内部的争权争势任意摆布。在自由主义社会中，以弱肉强食的原则为名，公社式协作的原则反复地被强加于公共生活领域，而弱肉强食的法则却又以公社式协作原则的名义被强加在私人生活领域内。

那么，使集团内合作、集团间敌视这种状况逐渐消弱的社会联系的本质又是什么呢？我将这种居中联系的纽带称为利益的联盟。利益联盟的根本前提是：人们服从相对稳定的相互关系标准，因为他们相信这是共同利益之所在，而不是因为他们共同拥有一种同一真理观和善的信念。换句话说，主体之所以接受并遵守一种人们之间相互关系的结构框架，原因在于他相信这是实现其目的的手段。然而，这样一种体制还需要外力推动，那么，什么力量推动它呢？一种传统理论认为，违反规则的行为将会受到政府及其他大多数人在大多数情况认为应当通过规则而实施的非正式社会控制手段的制裁。不过，这种理论的问题在于，它没有解释为什么在公开的制裁很不充分也不重要的情况下人们还会遵守规则。

145

为了深入了解利益联盟如何工作，人们必须探讨受这种生活形式制约的人性概念及心理学经验。在部落社会中，个人意识总是忠实地反映集体文化。制止人们愤怒地破坏已经确立的

社会制度的机制就是不加思考地服从官方的文化。社会生活中的秩序不仅预先假定了而且还召唤来了灵魂中的秩序。在这个意义上，柏拉图的理想国和儒家的社会理想都试图规划出在更高的意识层次和更精制方面重建人性与政治和谐性的联系所需要的条件。问题是，在部落社会所依赖的道德共同体四分五裂的情况下，如何控制破坏性的激情呢？虽然，自由主义社会的理论和实践对这个问题提供了不少回答，但是，还没有一种回答是令人完全满意的。

首先，有人指出，在新的伪装下，自由主义社会中仍然存在着对共同价值观的忠诚。像家庭这样的群体仍然继续接近于公社式协作的条件，甚至整个社会也仍然依赖于被集体的过去所标明的共同的（虽然也是变化的）基础。可是，感情越是独立于共同的文化，发现人们之间以及人们内心的秩序的另外一种基础的需要就越迫切。普鲁斯特的名言，即"我们的社会人性只是他人思想的产物"，指出了自由主义社会保证社会和心理稳定的根本设计。每一个人都在他所属的具有特殊性的若干群体占据一席之地。他的作用及完成作用的方式决定了他的要求及对他来说实现要求所适宜的手段。通过形成别人对他的看法，他的作用也形成了他对自己的认识。这种关于自我的社会形象填补了因无序的激情而产生的真空。它给个人一种完整个性的幻想以换取他服从集团的要求。这些要求中就有努力掌握为履行自己的作用而必需的技术的要求。以这种方式，个人自我意识中的最高利益就变成了社会秩序的核心。个人为这种利益引导，确切地说是为其所迫不得不把原始的激情牢牢扼住。

根据上面所说的自由主义社会中集团生活和社会联系的本质，人们就有可能去推断为这种社会所哺育的有关理想与现实关系的观念。由于利益联盟取代了社会合作，把社会制度看作

是善、美或神意体现的观点渐渐地失去了根据。随后，被认为是充分体现理想的活生生的，包罗万象的传统也不复存在了。相反，最普遍的生活经验已经成为多种多样的善、美和神的概念了，这种经验已经成为社会思想的最主要的困惑，这种经验转变为尽管有多样性存在，秩序仍然可以普遍存在。

在部落社会中，理性就是认识存在于现实中的特别具体的理想。当然，这种理性不知道实在与应在、理论与实践的区别。但是，在自由主义社会中，一种不同的关于理想与现实之间联系及其它们各自特点的观点，与一种变化了的精神概念结伴生成。理性现在必须切割成不同方面的才能：选择实现利益的具体方式及认识或陈述抽象的理想；前者致力于是什么，即实在，后者涉及到应在，即应当如何。可以说，一种是工具性的，一种是沉思性的。在这两方面中间还有一种才能，它与上述两种才能之间的关系是模模糊糊和模棱两可的：这种理论知识虽然关注现实事务，但它仍追求自己的目标而不是现实利益的婢女。

贵族社会

在我的比较研究框架内，最后一种社会生活形态，在许多方面，简直就是前两种社会形态的综合。本文的任务在于确定综合到底表现在哪些方面。许多通常被称作封建社会或寡头社会的社会形态就具有类似我所说的贵族社会的若干特点，不过，最典型的例子还是欧洲的等级国家(Standestaat)。由于贵族社会像部落社会和自由主义社会一样有自己统一的内部结构，而且它不能被还原为部落社会或自由主义社会[6]，所以，这可以说是

---

⑥ 我的贵族社会的概念主要来源于孟德斯鸠关于君主制的观点而不是他对贵族制的分析。见 Montesquieu, *De l' Esprit des Lois*, bk. 2, ch. 4, *Oeuvres Completes*, ed. R. Caillois(Paris, Pleiade, 1966), vol. Ⅱ, pp. 247—249. 又见 Gianfranco Poggi, *Images of Society*(Stanford, Stanford, 1974), pp. 3—28.

逻辑化的社会形态中的特殊范畴。如果这个前提是正确的，那么，重建贵族社会范畴不仅仅是任何努力创建一种普遍的社会理论之不可缺少的组成部分，而且，对于在这种理论的指导下认识现代社会世界及其变型也是不可缺少的。

自由主义社会趋向于普遍性，它趋向于把人们团结在形式上平等的规则之下。部落社会则坚持特殊性，个人依附于集团和不同集团间严格的界限，禁止承认本族人和外族人共同具有的共同人性。最好把贵族社会理解为是普遍性与特殊性的特定结合。贵族社会的力量和缺点都来自这种结合。

148

最普通的综合形式就是世俗的那种。每个人都属于一个特殊集团，或说等级。它不仅授予该人广泛的权利和义务，而且在很大程度上预先决定了他对社会、自然界及他本人的看法。彼此严格区分并决定着个人生活特点的这些等级构成了贵族社会中的特殊性。

重要的社会集团并不处于相对平等的基础之上，这与部落社会不同。它们分别位于单一的、持续不断的等级阶梯的不同位置，而不是平等的合作者或对手。主要根据这种状况而言，一种贵族秩序的方案相对简单而明确。因此，它实际上使人们认识到等级不重要。由于个人分别属于一个与众不同的等级，他们反而意识到有必要服从一种普遍的社会秩序。在此之前，每一个等级的成员对于其他等级的成员来说都是陌生人。不过，他们也受到封建契约所规定的支配与依附关系的制约。他们承认彼此构成了同一社会中的互补部分，在这个意义上，他们不过是更为广泛的社会中的内部人。

在欧洲封建社会和等级国家中，由于占统治地位的神学观念的影响，普遍性与特殊性的结合采取了更为戏剧化的形式。部落社会往往把自己的一切赋于神性，例如制度、目的及其与其

经历有关的力量统统具有了神性。在停止把自己看作是上帝所偏爱的发展阶段之前，它将抛弃现实中具有内在神性的观点。犹太教的历史例证了这种模式。在自由主义社会中则恰恰相反，宗教的普遍性是社会普遍性的反映。人们将开始把上帝认为是普遍性的个人，他不偏袒任何一个民族，因此，人们将发展出一种适用不同国家和时代的宗教信仰价值的相对性的观点。欧洲启蒙时代的理性主义自然神论明白显示了这两种倾向。 149

欧洲启蒙时代之前，严重影响人们生活和思想的基督教却在宗教普遍性和特殊性这两极之间找到了一个中间位置。虽然它原则上承认四海之内皆兄弟，但却强调基督教世界与周围异教徒世界的区别，或基督教世界内正统与异端的区别。因此，人们就有可能相信所有人都是基督教世界的成员，同时又按照并非一切人都是基督徒的原则行事。由于上帝具有普遍的父权的观念，因而否认人的绝对陌生性可以与基督徒远离异教徒的态度结合起来。

贵族社会中特殊性与普遍性的世俗和神学结合方式可以告诉我们许多在这种政体中人们如何相互看待对方的情况。由于等级制暴露出每一等级都有自己的经验并强加给它特殊的责任，因而，严格的等级制事先确定并暗示要打破紧密的血族联系和包罗万象的价值观念共同体。然而，瓦解了伦理共同体的同样的社会条件也排除了我所说的利益联盟。这种联盟的前提是，个人能够认识到自己可以越超其所属的集团，而且，尽管有阶级差别，个人可以在相对平等的价值基础上交易。人们政治权利形式上的平等体现了这一前提条件。然而，这两种前提都不适合贵族社会。况且，个人的生活大多都是在他所属的集团、等级的限制内实现的。另外，根据其所在的等级，个人享有不同的权利和义务，它们确定他与其他等级成员之间不可变更的等级关系。 150

把贵族社会的秩序结合在一起的主导原则既不是公社式协作也不是利益联盟，而是名誉[7]所谓名誉，就是其他人依据某等级所享有的权利和义务而承认某人特别适合于其所属等级的品质。每个人都永远受到其生活于其中的社会圈子的制约，后者限制着他的行为、知识和情感。举例说，与其说某人从事贵族的工作，不如说他是个贵族。因为，对他本人和其他人来说，他的社会地位渗透了他的人性，而且与人性本身密不可分。一个人可以是个好农奴或好牧师，但他绝不能仅仅是个抽象的好人。因此，在贵族社会中必然产生的为自我表现和获得他人承认而进行的斗争一定会作为在个人生活中实现与本等级相适宜的人性标准的愿望而产生。这种愿望的力量赋予等级的权利和义务设计以生命，并使每个人意识到维护这些权利和义务就是自卫。

与自由主义社会中存在着大量不稳定的等级不一样，贵族社会中只有一个单一的稳定的等级制度，作为最高阶层，贵族在塑造整个社会的特点时具有独一无二的重要的作用。贵族高居于所有其它等级之上这一事实使其具有了一种必要的独立性以便完善名誉原则所要求的个人与群体的关系：在全体成员的行动中确定本等级的共同精神。这同一种独立性还解释了特别崇高的抱负以及自负地自我支配这些贵族品质，它们不仅形成了贵族气质，而且，往往与名誉观念本身相一致。除了贵族之外的等级都或多或少地受到贵族的政治控制和文化影响。由于他们模仿贵族言行及为贵族服务，他们从来也不能充分地制订出体

151

---

⑦ See Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, bk. 3, ch. 7. *Oeuvers Completes*, vol. Ⅱ, pp. 257—258; Alexis de Tocqueville, *De la Democratie en Amerique*, vol. Ⅱ, pt. 3, ch. 18, *Oeuvres Completes*, ed. J. -P. Mayer (Paris, Gallimard, 1951), vol. Ⅰ—Ⅱ, pp. 238—249; and Paul Benichou, *Morales du Grand Siecle* (Paris, Gallimard, 1970), pp. 1979.

现自己等级本质的存在模式和意识模式。

实际上，在这些等级的环境中存在一个深刻矛盾。当试图维护他们自己的社会组织模式时，他们经常地由于贵族政治的强有力的利益作祟而经受挫折。然而，他们自己作为等级的特质却与贵族占据统治地位的等级秩序不可分离。这恰恰就是在欧洲民族国家产生之时及它从贵族社会过渡到自由主义的社会生活形态时支配着以农民和商人为一方和以贵族为另一方的关系的矛盾。在贵族社会内部，为了获得较多的自我管理的特权，农民举行造反而商人们则策划着阴谋。可是，若不削弱贵族政治，他们就休想得到他们想要的东西。他们以不再作为孤立的等级集团而存在的方式改造社会生活的特点，这也是一个没有人想要或者向往的结果。例如，商业的自由发展有助于创造一个商业社会，其中，市场对一切人开放，而不仅仅是某个等级的人们聚会的场所。

每一种社会形态都有一个生存的关键点，在其确定社会联系的特殊方式中存在着一个隐蔽的裂缝。无论出于什么原因，一旦这一缺陷暴露出来并产生明确的结果，社会就会解体并出现新的形态。对于部落社会来说，危险就在于：作为集团冲突的牺牲品，共同价值观的社会会四分五裂。而自由主义社会的弱点则在于它内部那独特的不稳定的等级结构的含义：虽然没有一个集团被授予了支配其他集团的权利，但是，某些集团享有的权力确实较多。因此，在追求平等和权威的需要之间总会产生连绵不断的斗争。而贵族社会的类似的缺陷则在于：贵族权力与其它等级确认自己的自治性及发展自己的内部组织的斗争之间的冲突。历史已经昭示我们，部落社会和贵族社会瓦解的后果是什么。可是，自由主义社会的没落会引导出什么社会形态呢？对此，我们只知道部分的回答，本章后面将探讨这个命题。 152

我对贵族社会所做分析的最后一步就是指出它处理理想与现实关系的特殊方式。在此，就像该社会存在的其它方面一样，我们应当期望发现某种中间状态，既不同于部落社会混淆实在与应在，也不同于自由主义社会无情地割裂实在与应在。通过重新结合集团生活中的普遍性和特殊性的立场研究这个问题还是有益的。

贵族社会的特殊性鼓舞着每一个等级把善、美和神性与自己的名誉等同起来，这就是说，把它们与自己区别其它等级的奋斗和德行等同起来。可是，与此同时，社会中的普遍性却引导每一个等级去寻找，并允许其掌握一种更为全面的理想概念，它超出各个等级之上并且适合于一切阶层。当贵族社会接受了基督教这样的超验宗教时，神化现存社会制度与在更高层次上反对现存制度的对立就更加尖锐了。作为这种矛盾的一种结果，我们可以期待着在贵族社会的文化和日常生活经验中发现一种动摇，它时而倾向把理想与现实结合在一起，时而又倾向于使之分离。

让我们以中世纪欧洲社会中的基督教观点为例作些说明。这一时期最突出的特点之一就是，贵族希望通过把基督教的生活现实化和贵族自己的生活神圣化而把自己的精神与基督教宗旨相等同。这一提升和降低的结果就是基督教的骑士和骑士制度法典[8]。可是，社会生活中的另一方面却大相径庭。这一相反的特点体现在如下严重的断裂之中：日常生活的残暴性与展示在作为一种生活方式的修道院社会中的基督徒的宁静相对立，残暴性与作为生活插曲的基督教圣餐活动中的圣洁的对立。

---

⑧ See Marc Bloch, *La Société Féodale*, vol. Ⅱ, *Les Classes et le Gouvernement des Hommes* (Paris: Michel, 1949), pp.53—57.

因此，在精神世界的超脱实践经常存在着摇摆。

由于所有这些外表上的等级规定，贵族社会实际上是一个战争阶段（时期），战争不仅发生在个人心灵之中，而且还发生在关于善、美和神性的不同认识之间。然而，这里不仅存在着贵族社会特殊的痛苦，而且也是其最高成就的主要渊源所在。

社会的变革

虽然这种类型学并不是作为一种一般发展方案提供出来的，但是，它对理解社会的变革有一定的意义。在所有的社会形态中，重要变革的程度和特点远不是相同的，相反，它们依每一种社会形态而各异。全部历史变革的最深刻的基础就是对理想的认识和现实的经验之间的或隐或显的冲突。

在自由主义社会中，在引导人们对社会期望些什么和他们实际上从社会得到了什么之间就存在着经常的、公开的斗争。154 这种冲突的高峰就是把强烈的组织权力的需要与令人迷惑的根本没有能力论证任何种类的权力为合理这两个东西结合在一起。这种冲突的另一个方面是高级文化与社会之间关系的对立性质。还有一个方面是物质要求的趋势远远超过了可用于满足这些要求的资源。由于理想与现实之间这种多方面的对抗，与其他社会生活形态相比，自由主义社会的变革既迅速又广泛。

在一个贵族社会中，理想与经验的关系融洽得多。它们之间的分歧以隐蔽的形式存在：非贵族等级的理想与社会秩序的目的并不一致，而社会的道德和宗教观点似乎即证明又谴责已经确立的等级制度。在这样一个社会中，与自由主义社会相比，贵族社会中的变革不仅较慢而且不那么明显

最后，在部落社会里，仅仅有很少实现的可能性，即社会共识将会瓦解的可能性很小，而它将使那些向传统挑战的信念有可能产生。但是，在大多数情况下，这种变革当其存在时趋向于

是突然的和无意识的。结构性的变革是一种例外而不是一种正常的命运。

我所描述的关于社会变革的观点提出了两个问题，它们堪称社会理论外缘上的两个令人费解的谜语，这也是两个还没有回答的问题。第一个问题是，肯定是最适合早期人类联合形式的部落社会又怎么会发生变革呢？第二，一种社会形态向另一种的演变是否存在什么普遍规律。

为了回答第一个问题，人们必须假设：理想与现实的潜在冲突存在于任何一种人类社会之中。这种内在的冲突可能性仅仅是力图超越个人存在形式的更为普遍的能力的特殊表现，而这种超越能力则是人的确定性属性。

155

如果对第二个问题有一个解决，它可能是一个关于社会变革的方式与人性的历史性发展方式之间的关系的理论性假设。每一种社会生活形态都既揭示又发现人性中的新方面。另外，当把他们看成一个整体时，社会的历史发展会说明，人们会更加完善地重新统一人性中的冲突动因。当然，我的任务并不是在此详细阐述或证明这种大胆的发展观。我之所以提到它只是表明这是一种可能的回答形式，并再次指出社会理论的问题是如何迫使人们退回到一个更为基本的关于人性，及人性与历史关系的难题之中。

法律与欧洲贵族社会

封建主义与自由主义之间

前节所概括的框架实际上为我们提供了一种开始的语言，

借此我们才可以比较不同的社会形态。具体地说，它确立了一个制高点，从这里，我们可以为自己的目的而研究一个尚未有所建树的、在经典社会理论中以多种伪装出现的命题：即在欧洲历史上，现代自由主义社会从贵族社会中发展起来的方式。有时，这种研究还须深入一个更为广泛的发展范围之中以便包括一种解释从部落秩序向贵族秩序过渡的理论。它几乎总是集中关注如下两个问题上，即新型社会是如何重铸意识与存在的关系以及它对人类未来昭示了什么。 156

如果我们应当保持如下希望，即超越经典社会理论家在分析现代性时所停留的阶段，我们可以从他们所停的地方开始：用一种解释说明当现代欧洲社会从业已存在的社会生活模式中产生时，它到底包含了什么东西。在我前面对贵族社会和自由主义社会进行比较时，这样一种解释已经隐身其中了。现在的任务就是使它更加具体，而且，在不把理论性讨论融化为历史特殊情况的沼泽的前提下，把这种解释与法律联系起来。

描述封建秩序之后、自由主义国家之前的作为等级社会或等级国家的欧洲社会类型不值得大惊小怪。中世纪的封建主义和等级国家都可看作是贵族社会的不同变形，但是，等级国家可真是西方自由主义社会的直接前驱。要想确定等级国家在更为广泛的贵族社会范畴中的地位，一种好办法就是回顾某些令人熟悉的、强调权力制度的特点。

首先，等级社会以两种基本的断裂为标志。一种就是平民，大部分由农民组成，与精英的分离。再就是精英阶层内部不同等级与王权的分离⑨。虽然，这两种分离并非等级国家的特色，

---

⑨ 请看与欧洲封建主义有关的、领主权与封建制度的区别，见 Robert Boutruche, *Seigneurie et Féodalité*（Paris, Aubier, 1959），vol. I，p.8。

不过，它们与等级国家密切联系在一起。精英阶层内部的区别是由等级但又互惠的军事和政治义务所形成的。虽然总是受到精英内部区别的影响，但是，精英与大众的共处到是可以更准确地称为经济统治。

第二，组成精英阶层的不同等级共同组成了议会，例如法国的三级会议(états)，奥地利和德国的等级会议(stände)，意大利的议会(parlamenti)和西班牙的国会(cortes)等等[10]。不过，在这些议会中，各等级只为自己讲话而不是为某些所谓的普遍利益讲话，每个等级都捍卫自己的特权而反对其它等级的权利要求。在热情地捍卫与不变的法律(ius)结为一体的等级特权时中，正如孟德斯鸠和托克维尔所指出的，提出了与贵族社会相适宜的那种自由。"[11]

157

第三，贸易城市的商业资本主义以及为王权服务的官僚集权制的存在是等级社会得以发展的背景。无论哪里，只要商人能够成功地维护自己的利益或通过与贵族的结盟而维护自己的利益，等级会议往往趋向于议会制度。——相反，无论何时，只要君主能够成功控制政府权力并利用第三等级建立一个精心设计的官僚机构，等级会议就会退化为一个专制国家的无足轻重的司法附属物。商业与官僚之间为制服对方而反复进行的斗争以及它们俩对传统等级制度的无情吞食构成了等级国家的第三个特点。

在上述三个特点之中，第一特点把封建主义与等级社会相

---

⑩ See H. G. Koenigsberger, *The Powers of Deputies in Sixteenth Century Assemblies in Estates and Revolutions, Essays in Early Modern European History* (Ithaca, Cornell, 1971), pp. 176—210.

⑪ See Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, bk. 2, ch. Ⅺ, *Oeuvres Complètes*, vol. Ⅱ, pt. 1, pp. 168—177

联系，而第三特点则与自由主义社会有关。实际上，只有第二特点才描述了等级国家的独特的体制特点，以及界定了它在贵族制秩序中的特殊位置。希茨说明了等级国家的特点，即等级的合作组织，是如何采取了两种形式的[12]。的确值得认真研究它们的区别，因为这证明有助于说明等级国家向自由主义社会过渡所采取的两条道路。

受封建体制影响最少、最接近部落社会根源的也是最古老的类型就是在英格兰、斯堪的那维亚与东欧大部分国家所发展的两院制。最富有和最有权势的贵族占据上院，其它精英阶层，如普通贵族和自由城市的代表则组成下院，上院开始总是作为国王的顾问委员会而出现，而下院则具有特权阶层一般集会的性质。 158

等级结构的第二种类型就是三级会议。贵族、神职人员和职业界工商界共同组成一个具有立法、行政和司法特权的不可分解的机构。这种制度逐渐成为法国、许多中欧国家以及那不勒斯王国的典型制度。上述这些国家大都处于从前加洛林王朝的疆域内，在这里较其它地方更为明显，封建制度打破了部落生活的氏族联系，并为一个中央集权的、具有一定领土的社会的重新组织开辟了道路。政治野心使得一个学者—官僚集团得以产生，他们日益增多地受到罗马法的培训，他们具有自己的等级特质，并且与商人集团一道在第三等级中占据着重要的位置。

这些就是等级国家的特定的制度特点。如果把这些特点与我曾经归属于一般的贵族秩序的那些意识和存在的属性结合起来，我们就获得了一个基础，从此可以掌握这个前自由主义社会

---

[12] See Otto Hintze, "Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes," *Historische Zeitschrift* (1930), vol. CXLI, pp. 229—248.

的法律的本质。

等级国家中的法律

请大家务必记住，官僚法本身通常包括两个彼此尖锐对立的组成部分。第一部分属于俗世的自由裁决的命令领域，在这里，统治者可以根据他对君主的便利和社会福利的认识而或多或少的自由行事。第二部分则是不受统治者约束，仅仅服从某种神圣的、超实在秩序的社会生活领域。据称，这种领域内的法律高于政治，不应混同不言而喻的习惯；通常，这种法律表现为上帝规定的戒律，而解释权则被授于一批富有学识的牧师或学者。

159

我们已经举例谈过了在几种文明中，这种强加的双层规范秩序被置于习惯之上。然而，有时，例如在古代印度或古代伊斯兰的某些时期，法律中的神性如此决定性地胜过俗界事务以至于君主自由裁决权的行使要依宗教标准加以评判。在这些社会中，它本身是在共同宗教的全面影响及教士集团和学者集团的影响下发展起来的，君主首先被要求要使神法永恒化，在特殊情况下缓和神法中个别条款的严峻，以及使神法的原则适合于正在变化的社会。可是，在另外一些时期，例如古代中国的战国时期，没有具有凝聚力的宗教传统和善于维护自己利益的社会集团来制约王权。在这种情况下，通过官僚机器的统治而强制执行的，君主的自由裁决命令也就最典型地赋予了法律的特点。

若从这种概要的观点看，欧洲封建社会和等级国家的法律就由于能够搞好平衡而格外引人注意：在很长时间内，许多欧洲国家中的王室命令与所谓高级法律彼此互相补充。它们之间的平衡甚至创造了一种情况，在其中可以取消彼此的界限。但与其说发生了一方战胜另一方的事，倒不如说它们都转化为一种全新类型的法律。而且规范秩序先前曾经依赖的意识与存在前

提也已经被修改了。理解这种表面上矛盾的平衡与改造进程肯定是研究西方后封建时期法律的首要任务。

前自由主义社会法律的这种二重性的对立是传统的“警务”(Polizeisache)与“法务”(Justizsache)区别所强调的。前者是指这样一些事情,它属于君主的维持公共和平、监督部下、为使其权力永恒化而聚敛资源的权限范围。这种把现代的立法、行政和司法范畴混合在一起的活动采取了法令(Ordonnance)或律例(Landesordnungen)的形式。这种王室法令构成了规范性秩序中的自由裁决部分。 160

在警务的对面则是法务,这里的事务属于等级领域内的特权与义务。这种等级法律的组成部分可用不同方式加以成文表述:如王室宪章,它承认假定是先于王室而存在的权利,匿名的广泛流传的法令汇编,甚至学术论文。但是不管形式如何,原则依然是:写下来的词句描述先其存在的一种法律。这一体系中的两个部分,即以治安规则(lex)和基本法(ius)的对立为代表,在国王本人那里统一起来,他既是法令的制定者又是等级构成秩序的保护者。君主在行使权力时侵犯这一秩序的任何尝试就授与等级抵抗其侵入的权利⑬。

组成一种法律秩序所必备的四个要素,即法律的实在性、公共性、普遍性和自治性,以这样一种方式分布,在这种分布中非

---

⑬ See Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Wider - standsrecht im fruheren Mittelalter. Zur Entwick—lungsgeschichte der Monarchie*(Cologne, Bohlau, 1954), pp. 121—137; Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*(Basel, Schwabe, undated), pp. 67—75; and Otto von Brunner, *Vom Gottesgnade zum monarchischen Prinzip in Das Konigtum, Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen*(Lindau, Thorbecke, 1956), pp.279—305. See also Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*(Ithaca, Cornell, 1975), pp.30—32.

但不能形成真正的法律秩序，甚至不能形成对法律秩序的认识。国王命令的法律并不具备现代意义的普遍性或自治性，而等级特权的法律既非实在性的法律也非公共性的法律。现在，让我们更近一步地观察这些陈述中的每一个陈述，并且把它们的关系和我前面关于一般贵族社会及特定等级国家本质的评论联系在一起。

王室法律缺乏对普遍性理想的拥护具体表现在，这种法令似乎不受现代意义的立法与行政分立的束缚。在其治安权力限度之内，国王的法令并不打算颁布或实施适用于抽象的不同种类的人和行为的普遍规则。这同一种类型的法律，与同一种证明方式一道或是适用于具体的人或是整个王国，除了尊重等级特权法之外，这种个别化的命令与普遍性规则之间没有任何中间状态。一开始，将会使普遍性成为必不可少的要求而不是法律的偶然特点，并因此区分行政与立法的那些条件尚不具备。

161

命令，这种法律形式，也不知道现代的行政与司法的二元论。这种二元论，伴随着它特殊的制度、论证方法和职业团体，反映了一种持续的保护法律解释权威性的努力，这种解释属于以规则为决定因素的审判领域，而不是权衡利弊的政治领域。近代法理学中的首要问题就是，行政领域中的权衡利弊如何受到法律的制约，而审判领域中的法律又如何受到权衡利弊的调和。然而，就我们正在讨论的时期而言，君主的自由裁决还没有受到一种普遍性规则信念的限制，因此，也就省却了一种有关普遍规则一致适用的技术。然而，王室的治安权力已经受到了等级特权的限制。另一种限制只有在这种限制开始崩溃之后才能找到。

纵观等级国家的历史，统治者们都从事于把他们的权力扩大到从前曾被认为是超政治的等级特权领域所控制的社会生活

范围之内的斗争。这种斗争的革命性意义在于，当实在性和公共性还被认为是特殊的、甚至是超常的设计时，这种斗争逐步导致了具有实在性和公共性的法律的发展。就其实在性而言，国王的规则确认了如下原则，即更为广泛的社会生活可由体现政治意志的法令加以控制。另外，由于它是公共的，即只有中央政府才能制定，它预先假定并培育了国家与社会的分离，以及政治权利与社会地位的分离。 162

然而，关于等级特权的法律却提供了一个与国王命令相反的例证。这种基本的、宪法性的法律，它是 ius 的制度，而不是 lex 的制度，它已经开始承认普遍性和自治性了。作为一个贵族社会的法律，它既不承认超越等级差别的形式上的平等也不允许特定的、专业化的法律机构、人员及其观点得到自由发展⑬。不过，它倒是确立了广泛的不同种类的人的权利和义务，人们认为，它超出了政治范围，期望它得到不偏不倚的公正适用。因此，可以说，从一开始，它就具有多于习惯的某些东西。

由于最初缺乏公共性和实在性，这部分法律也不同于君主的命令。它最初并不是由中央政府制定的，它先于国家而存在并制约着国家的权力。另外，虽然，它偶尔地也表现为明确表述的条款，并得以记录在册，可是，它通常被认为是一种秩序，其存在和有效性并不依赖于人类的深思熟虑。

王室法令与社团法律之间明确的界线逐渐消失了。但是，法律的这两个方面背后的社会力量是如此地激烈斗争，以至于界线在两个方向上都崩溃了。这个事实对于理解西方法律后来

⑬ See Heinrich Mitteis, *Der Staat des Hohen Mittelalters. Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters* (Weimar, Böhlaus, 1953), p. 433.

的发展具有最重要的意义。

一方面，国王日益受到法律普遍性和自治性标准的制约。他们治安权力范围内的很大一部分领域日益受到如下要求的限制，即个人利益只能由服从于广泛规定的人和行为范畴的、在事先存在的法律界限内，由权威机关加以规定的规则。既如此，行政与立法的区分便获得了立足之地。行政与立法的分离使得建立一个独立的司法机关具有至关重要的意义。这种司法机关具有自己的人员和独特的工作程序，可以监督行政机关对立法机关制定法律的执行情况。通过国王助手们任务的分工及假定的等级会议具有更为专门的司法责任这两个渠道都可以实现上述目标。

这些发展中的某些方面似乎是致力于为国王服务的官僚机构在成长中"无心插柳"的结果。但是，正如古代中国的例子所表明的，仅仅有官僚机构还不够。在欧洲，至为关键的是，贵族、第三等级，或两者一道总是保持着对国王的充分而强有力的限制。

当法令是这样组织，而且还以上述方式受到驯化时，等级特权的法律也经历了一种值得注意的改造。等级会议的制度化，等级之间的竞争以及等级与王权的竞争鼓励人们更为尖锐而公开地规定每一个等级的权利和义务。对于各方来说，日益重要的是，确认王室权威终止的领域及超政治的基本法开始发挥约束力的领域。如果国家尚未规定这些限定，各方就应制定一个社会契约，用以确定全国性政府的结构及其限度。

因此，等级特权的法律就在没有完全丧失其早期特质的同时，开始获得了实在性和公共性，而且，它继续被认为是一种高于政府本身的秩序，不应为政府轻易地干预。等级特权法以这种方式成为了现代欧洲宪法性法律的核心，并且至少把这种地位保持到法国革命党人断言人民主权至高无上之前，这种人民

主权引进了一种对立的宪政传统[15]。

当然，我所提到的这些发展并没有以同样的步伐、同样的重要性出现于各个地方。应当看到，在某些国家中，君主权力集中化的动力战胜了等级的自治性以及他们对自己法律的保卫。尽管各等级会偶尔举行造反或抵抗，但总的说来，所谓基本法的观念几乎破坏无余。君主吸收了贵族和第三等级中的大部分为自己服务，并在贵族和第三等级中间创造了大批国家公仆。在这些国家中，等级国家往往导致官僚专制主义。

然而，在另外一些社会中，更新了的贵族，它们往往与富裕起来的商人集团及专业技术人员结盟，却掌握了国家机器中的主要部分。王权因此而大大削弱。基本法的观念被奉为至理名言，这一观念不仅是已经确立的社会等级制度自卫的工具，而且它还是限制政府内的集团利用自己的职位反对政府外的集团的保证。大批的公共事务官员慢慢地发展起来了。在这些国家，议会立宪主义渐渐地取代了等级国家。

可以这样说，官僚专制主义和议会立宪主义是从等级社会向自由主义社会过渡的两条主要途径，它们分别以普鲁士和英格兰为代表[16]。在三级会议为特点的等级国家中，官僚专制主

---

⑮ See Charles McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy* (New Haven, Yale, 1910), pp. 42—100; and J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History* (Oxford, Oxford, 1961), pp. 50—51

⑯ 有人对关于17世纪英国的这种分类提出了异议，见F. Hartung and R. Mousnier, *Quelques Problemes concernant la Monarchie Absolue in Relazioni dei X Congresso Internazionale di Scienze Storiche* (Florence, Sansoni, 1955), vol: Ⅳ, pp. 3—55。有的国家在这两条道路之间徘徊。例如西班牙，由于1521年公社叛乱的被镇压，立宪主义者的努力流产了，见Jose Antonio Maravall, *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolucion moderna* (Madrid, Revista de Occidente, 1970), pp. 181—218; Antonio Dominguez Ortiz, El Antiguo Régimen: los Reyes Católicosy los Austrias(Alfaguara, Alianza, 1973), pp. 245—246.

义很是兴旺发达。在那里，封建组织机构的印证，作为一种中央集权化的国家体制的最初尝试还具有相当的影响。议会立宪主义则产生于实行两院制的等级国家之中，在其中，各等级总是保

165 持着很大程度的独立性。俄国则较为特殊，在那里帝国的权力是如此专制、个人化，以至于从一开始，就不能说存在什么真正的等级制度[⑪]。

官僚专制主义提供了非民主式的自由主义产生的环境。它虽然保护了中产阶级免遭政府"任意行为"之侵害，但是，却基本上拒绝他们直接参与政府工作。议会立宪主义则导致了自由主义的民主制。例如，可像法国那样，通过大革命完成从官僚专制主义向议会立宪主义的过渡。

可是，官僚专制主义与议会立宪主义的区别不应妨碍我们认识它们在与其它文明形态相比时所共同具有的属性。没有一个等级国家，君主的权力是如此之大，以至于可以把自己的命令强加到社会生活的基本活动上，而无须在某种程度上满足法律普遍性和自治性的要求。从这个意义上讲，君主除了依赖法治之外别无选择。

出现这一令人惊讶的发展的理由殊难推测。不过，第二章倒是提到了一些有关因素。在它们当中，有两个因素特别值得注意：环境的复杂性。允许许多的群体可以在中央集权的国家面前保持或者坚持自己的独立性，此外，接受宗教观念和制度又使得人们相信有一种国家法律必须服从的普遍伦理秩序的存在。我在前面对这些环境的讨论现在可以作为一种临时性的解释来说明我所描述的发展道路。

---

⑪ See Günther Stökl, "Gab es im Moskauer Staat 'Stände'?" *Jahrbücher für Geschichte Osteuropas* (1963), new series, vol. XI, pp. 321—342.

集团的多元化以及与之相联系的社会意识使得不受限制地主张官僚法的尝试成为不可能的事情。这首先有助于，虽然常常最终失败，坚持捍卫等级特权，其次，有助于形成关于形式平等和公正审判的现代呼声。对上帝制定的自然秩序的信赖，无 166 论是否与独立的教会相伴，都为通过等级国家中基本法或者自由主义的宪政来限制国家权力提供了宇宙观上的支持。现代法治产生于如下两种过程，即法令性法律逐步具有了普遍性和自治性的限制，而等级特权法则渐渐具备了实在性和公共性。

自由主义社会及其法律

我的比较研究框架和对等级国家的分析为开始研究自由主义社会和它的法律提供了工具。我研究的目的就是强调统治观念与社会组织的关系。因此，首先，我要研究自由主义社会中共识的情况，把它作为揭示一种占统治地位的意识形态的核心矛盾的一种方法。接着，我要指出这些矛盾在一种独一无二形式的社会等级制中的根基。拟议中的认识自由主义社会中信念与经验的相互作用，允许一种对自由主义社会中法律地位的重新解释。这种重新解释反过来促进了我们对现代主义的认识。最后，其中某些命题将结合德国法律史而给予说明。目前，我将同义地使用自由主义概念和现代性概念，虽然，将会证明前者只是后者的一个特例。

共识

对社会生活形态的比较表明，在自由主义社会内，意识与存在的核心问题就是三个因素相互依赖的特定关系。第一个因素 167

是社会集团数目的增多与每一个集团所控制的个人生活领域的缩小。角色虽然都专业化了，但每个人却不只具有一种专业。自由主义的第二个基本特点则是陌生人与内部人之间严格的界限逐渐消失了。社会秩序变成了利益同盟的关系，而它则掩盖了人们对他人支持这种需要的本质。第三个特点就是理想与现实的对立。

总括起来看，现代社会的这些方面使得回答下述问题具有了新的迫切性，即具有相互冲突的、关于善和现实观点的人们怎么能够和平共处并保持自身心灵的宁静呢？甚至和平还不够，社会必须以能够在其成员眼中证明自己具有正当性的方式建立起来。没有这样一种证明，服从具体时代和地域惯例的一种日常工作就会失去其压倒一切的自信。本来，当社会实践似乎体现了自然必然性和神圣权利时，上述的日常生活就会产生这样的自信。结果，存在的任意和无意义的体验就会侵入到原来那些被认为是抵御这些体验的堡垒——通常生活之中去，例如工作、游戏和家庭之中。这种困境，即现代性中最深刻也是最令人不安的标记，是如何从自由主义社会的明确属性中产生出来的？以及它如何影响到社会所偏爱的法律形式？

现在看来，普遍性、利益联盟及理想和现实的间离，对于共识来说，至少具有两种主要的影响。首先，它们破坏了存在一种共识的可能性，这是一种关于社会安排的正当与善的广泛的、严密的、具体的和强有力的共识。更重要的是，它们还破坏了人们的如下愿望，即把达成一致的事实当作是人们发现了善或者权利的一个迹象。

自由主义社会的普遍性主要在于，它趋向于扩充社会集团的数量，同时减少人们生活于其中的个别集团的重要性。一个传统的例子就是把一度集中于家庭的某些任务划分出来。在人

们相遇的每一个狭窄的生活领域中，个人向其同伴展示的只是其丰富人性的有限部分。这时，个人所属的联合体尚缺乏有利于形成共同道德观所必需的广泛的相似经验。因此，尽管人们可以具有共同的目的和利益，但他们不能将各自所属的群体结合为一个社会共同体。因为，组成共同体的第一要素就是，把他人当作人而不是有职业的人认识并对待的能力，而第二要素则是，分享一种关于人及善的共同的普遍的论证方式[18]。

部落式的合作及贵族的荣誉为利益联盟所取代及这种取代被认可是同一瓦解运动的另一个方面。由于人们缺乏社会的魅力，人们就只有通过把他人当作满足自己利益的工具而聚拢在一起，并被安置在各个岗位之上。由于人们不能期望彼此爱慕，那只好满足于相互的尊重。

可是，在自由主义社会中，也有一些加强伦理一致意见的力量起作用。当然，与自由主义秩序相比，也许贵族式的程序更有利于极端不同的观念与信念：在这个意义上，与贵族秩序相比，自由主义秩序更接近于部落式的社会生活。在一个贵族社会中，每一个等级都有自己的荣誉观：有自己的行为法典，有自己所欣赏的理想的人。尤其是，在贵族内部，对个人的特色的崇拜正好是表达一种等级荣誉的方式。自由主义可以破坏共同体的基础，但是，通过破坏重要集团之间的界限，它也为一种普通的愿望和预想的统一体创造了条件。不过。部落社会与自由主义社会的类比也就到此为止了。在前者中习惯曾被尊奉具有神圣性质，在后者它则遭到了持续的批评。

因此，对于自由主义社会中的规范观念而言，一致范围的狭 169

---

[18] 见我的著作 *Knowledge and Politics* (New York, Free Press, 1975), pp. 184, 220—222, 259—262。

隘化本身不是也不属于决定性事实。尽管最初形式的合作可能逐步崩溃，但是，权力和信念的基本结构却可以保持着惊人的稳定性。即使自由主义社会不能增加个人机会和信念的多样性，它仍然可以破坏它所造就的共识的普遍权威性。人们渐渐地停止把共识看作是证明或批评社会制度的可靠标准的渊源了。

只要一个人还记得自由主义社会的最后一个明确属性，即它趋向于破坏应在以某种方式生来就存在于实在之中这一观念的基础，他就能够开始理解为什么会如此。社会纽带的松弛培育了一种特殊的意识模式，而这种意识模式也助长了这种松弛。这种观点始于如下认识，即行为惯例是历史形成的，它接着否定人们的内在善良；它以这一结论而告终止，即行为惯例基于赤裸裸的意志行动，借助于这种意志行动，人们可以在相互冲突的最终价值中作出选择。

如果已经确立的惯例应当以一种自由主义社会的利益联盟所暗示的操纵性和工具性方式加以研究，那么，它们就会丧失其作为善与正当的准则的资格。同时，社会解体的每一步都增强了如下感觉，即没有一种安排社会的方式或是稳定的或是自证其合理性的。人与人之间的关系可以产生几乎无穷尽的结合形式，每一种都具有自己的因果关系。对上述问题的认识推动着人们追求更高级、更全面的证明或批判的原则。可惜，由于一种使众多现代文化黯然失色的命运的嘲弄，使上述追求具有必然性的同一条件又决定了这种追求最终会成为徒劳之举。

就伦理的、宗教的、美学的理想失去了公共权威的支持而言，它们不得不被重新定义为对于无公共标准可言的个人选择的关注和偏爱。这种理想个别化的后果就使得无论自由主义社会坚持什么样的共识似乎都没有模据。通常的道德观念和感受由于被揭示为不过是环境和传统的产物，因而，它们也就失去了

那种不可避免性的外表，它们的合理性必须依据其它的独立的标准才能决定。然而，事实上，没有一种用于评价的同习惯一致的标准可以保存下来，甚至宗教启示这样的事情也被认为是个人的体验了，对此，政府既不能说三道四也不能从中推断任何东西。最后，对日常工作价值的绝望也产生了，这种绝望感最初是一种知识分子体验。后来，它一点一点地渗透到各个阶层之中。

然而，怎么会有无权威的共识、无信念的稳定性及无证明的秩序呢？这就是人们在理解现代性经验的核心问题时所面对的一个深深的困惑。但是，为了掌握法律和国家在自由主义社会中的作用（位置），我们必须解开这个困惑之谜。为此，我们应当把侧重点从共识问题转向等级制度问题上来。

等级制

一种等级秩序就是在接近权力、财富和知识方面等级式地安置社会集团。一种社会的等级秩序可以采用两种形式，它们是一个独一无二范围内对立的两极。

在一个极端，存在着封闭的、包容性的等级排列。它的封闭涉及到每个成员所占据的地位的稳定性。而包容性是指它对形成个人的社会位置有着重要的作用。总之，包容性加强了封闭性；人们愈是紧紧地抱着社会地位不放，改变这种状况也就愈难。可以这样说，一个贵族社会中的等级排列就是封闭的和包容性的。每个人占据着或多或少是从出生就已经永远固定下来的位置，而且，单一的等级制度超过社会中的其他一切有吸引力的标准；人们在某个等级中的位置直接影响到他社会存在的方方面面。 171

另一种形式的等级排列，是开放的和部分的。开放性是指个人可以轻易地改变他在等级秩序中的位置，部分性即指不同等级制度的多样性。社会愈是趋向于部分的等级制度，它就愈

依赖于不同的等级在接近财富、权力和知识方面多样化。所有这些等级之间的联系可能颇为松散。如果说包容性支持封闭性，那么，部分性则促进了开放性。

与一种贵族秩序相比，一个自由主义社会的等级制度相对比较开放，比较部分性。对个人来说，其父母的社会地位对于他的机遇来说并无决定意义。更何况，他加入了许多社会等级呢！虽然，他在某个集团内的地位加强或限制了他在其它集团中的地位，不过，与一个贵族社会比较，不同的等级更可能互不相容。虽然，结合的方式往往变化，而且拖泥带水，可不管怎么说，继承的财产、政治影响、教育程度以及工作那全是结合在一起的，在某个等级中受尊重的人很容易发现他在另一个等级颇受轻视。

一个相对比较开放，部分的等级秩序为拓宽存在与感觉到的等级秩序合法性之间的鸿沟创造了可能性，当然，这主要指的是自由主义社会中的现象。阶级和社会角色的附属性就特别封闭，而且具有包容性，以至于能够决定，人们也公认可以决定，个人社会状况的许多方面。在自由主义社会中，等级的开放性和不全面性也很明显。以至于等级对人的影响可以被看作是偶然的、任意的，最终是不具备事物本质属性的。

自由主义社会中，存在着一种占统治地位的、相当稳定的、支配与依附的结构。尽管如此，个人仍有足够的能力改变自己在这一结构中的位置，而且他有足够的能力发现把他固定在某个地位的不同的标准之间的矛盾和缺陷。并且不把已经确立的等级模式看作是理所当然的东西。

这种对待自由主义社会中等级问题的方式对客观的依赖关系及人们对这种关系的认识之间的联系产生了重大影响。这种方式坚持前者与后者不可分离，但并不认为它们完全相同。事实上，它仅仅减弱了等级制度的相对封闭和包容性，从而允许人

们更充分地认识到他们置身于其中的等级安排的本质。这种认识要求人们置身度外，使自己具备超越具体环境的能力，研究如何使自己应付这个环境。因此，等级意识往往伴随着等级制度的脆弱并没有什么大不了的矛盾。

这种关于自由主义社会中等级的假设与下述认识彼此并无矛盾，即在一种等级模式的封闭性和包容性的客观标准方面，以及任何既定的等级制被意识到的程度方面都存在重要差别。记住了这些限制性条件，我们才能重新考虑自由主义社会中不合法的共识和权力问题。

削弱了等级秩序稳定性和影响范围的同一进程也减少了如下的可能性，即剩下来的不平等现象会作为合理的现象得到认可。每一种常规的分配社会利益的标准都将落入一种怀疑之中，即这不过也是任意性的。当依赖于根据天生才能进行分配是理所当然时，既使依赖于法律依据也受到了人们的怀疑，因为人们开始怀疑，人们的社会地位是否会受到他不是初创者这一事实的影响。

173

因此，等级之间的区别愈是多样化，愈是不严格，余下的差别就愈是难以容忍。借助于托克维尔首先指述，而深深扎根于现代社会结构中的这种怪现象，我们现在终于可以认识到，随着社会地位的每一步平等趋向，人们对平等的渴望反而更加强烈[①]。然而，恰恰是在这种等级秩序瓦解、伦理观念混乱的环境中，寻找行使权力的基础，区分权力的合法与非法运用的需要也就更加迫切。这种渐趋平等的进程既破坏了权威但又渴望着新的权威。

---

① See Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, vol. II, pt. 2, ch. 13, *Oeuvres Complètes*, vol. I-I, p. 144.

一个虽然很少提到但却颇为重要的问题是，随着产生每一种共识和传统的等级制社会的逐渐没落，在人们的心目中，这些共识和传统本身也就黯然失色。在从相当封闭性和包容性的等级制度向更为开放性和不全面性的等级制度的过渡中，人们对于过去或现在权力分配模式对公认行为准则的影响日益敏感。那些最初看来是长期一致传统产物的准则（观念），经过仔细审视，竟然是塑造这一传统的统治集团的利益或信念的体现。

也许，这一现象中最明显的方面，就是现代文化通过揭示信念和理想得以产生的政治或个人的统治而批判这些信念和理想的趋向。（想想尼采、马克思，从某种意义上说，如果不是最深刻的也是最有代表性的现代社会理论家是弗洛伊德）说到底，揭示一个观念实际就等于证明其为错误或者邪恶的代名词。使这一趋向长盛不衰和普遍传播的是它与日益扩大范围的集团在它们的日常生活实践中所经历的经验之间的紧密联系。

这种经验的核心就是这样一种日益增强的普遍认识，即我们的惯例不过是它们用来证明的某种等级制度的产物。因此，174 使现存社会制度渐趋消亡的一种恶性循环（或说思想解放）就此产生了。等级秩序合法性的每一次被削弱，都破坏了对传统实践方式的信任，而每一次成功地摆脱传统合理观念的束缚，又进一步动摇了人们感觉到的已经认可的等级制度的合理性。

我这些有关自由主义社会中共识和等级制度的命题可以扩充为一种对社会秩序理论的评论。政治经济学家认为，人们可以被彼此不同然而又相互补充的利益联结在一起，这应当也正是市场最主要的文明使命。对自由主义进行批评的保守的或浪漫的批评家们争辩说，只有当人们生活在一种鼓励忠于共同价值观的社会中，人们之间稳定的关系才能得以恢复。这两种理论，从某种意义上讲，不过是对一个虚幻问题的空想式的回答。

它们全部认真对待霍布斯的如下理论，社会是具有相对平均力量，但目的不同的人们的组织，没有一个人有比其同胞更加足够的权力可以把个人意识强加给他人，既然如此，产生某种秩序的可能性就很难说明。

但是，一旦我们像马克思要求的那样，把社会看作是集团而不是个人的联合体，上述那种难以说明之谜就会暴露谜底。因为，集团之间所享有的权力很不平等。这种集团统治的结构保证了一种强加的秩序的出现[20]。

然而，这种对传统理论的批评中也有缺陷。由于前述的原因，自由主义社会的权力体制日益成为一个不能保持其权威性的体制。由于这个特点，它在统治者和被统治者心目中破坏了自己的合法性。因此，在自由主义和保守主义的现代生活中的秩序问题概念中所包括的部分真理就是，不存在一种能够接受 175 的秩序。在马克思主义者对这些观点的批评中的真理方面则是，虽然存在着既定的客观的权力差别，这并不必然意味着，由于人们拒绝等级制度的合法性，他们就能够推翻它或甚至发现别的东西来取代它。

现在，我们能够理解那种令人困惑的、构成自由主义社会意识特点的顺从与不信任，权力不平等与平均主义信念的共存现象了。的确，是存在着统治结构，但是，这种结构对人们关于社会和自己的认识的影响还很难说清。由于不再相信已经确立的等级制度具有自然合理性，它也偏离了自己的轨迹。但是，通过这同一个挖掘自己合理性基础的过程，它也毒化了所有其它的伦理和政治信念。人们不仅失去了对自己判断的自信，而且也

---

[20] See Earl Marx, *Manifest der Kommunistischen Partei*, *Marx-Engels Werke* (Berlin, Dietz, 1959), vol. Ⅳ, p. 462.

丧失了发现一些共同判断标准的希望。人们的所有概念开始成为仅仅是某一个时代、社会或潮流所反映的偏见，成为缺乏独立论证的社会制度自己的幻想。由此而来的伦理怀疑主义鼓励着如下两种趋向：或者是绝望地接受现存的社会秩序，或者是无目的地在不同的不平等模式中变来变去。

这样，我们就可以解释现代社会的一种基本的、共同的经验，非如此，便不能加以解释：虽受不公正的包围却又不知道公正在哪里。实际上，这不过是更为广泛的任性甚至荒谬的政治表现，它已经逐渐渗透到各个集团的意识之中了。

要克服这一困境的关键性因素在于人们努力纠正这种迷失价值观的程度和方法。为此，发现一种一直隐蔽的善的需要也就赋予哲学沉思和政治实践一种使命，这一使命的特点在于：若要实现，就必须在这两个领域共同实现。于是，为了改变这种困境，人们必须找到这种善，然而，要想发现这种善，人们必须已经处在一种允许他们相信自己的价值导向的环境之中。从这个意义上讲，寻求道德认识与创造新社会的斗争紧密相关，这种社会制度对其成员道德观念的歪曲是可以得到纠正的。

176

法律与国家

前面对自由主义社会的讨论为进一步发展一种对现代法律和政治思想所显示的方向的理解提供了若干因素。而重新考虑理论的社会基础将引导我们研究自由主义社会中法律秩序的实际位置。

法理学和政治思考的基本问题都来自一种对不合理的双重经验：现存不合理的等级秩序，以及由于自己的起源而导致的道德共识和传统的腐化。鉴于人们具有这样的体验，他们就努力摆脱或者消灭彼此在等级制度中的奴隶状态，并且致力于在能够克服通常社会等级具有的任意性的基础上，确立具有最广泛

影响的权力形态,即政府权力。

这种斗争的一种主要形式就是为法治而奋斗。在我前面的观点中,我曾把法治的特点概括为拥护普遍性和自治性。就目前而言,区分广义的和狭义的法治概念颇有益处。前者总是指对自由主义社会状况的典型的主导反应,而后者则仅仅产生于特殊的环境之中。

就最广泛的意义而言,法治就是指相互关联的中立性、统一性及可预见性观念。政府权力必须在适用于广泛的不同种类的人和行为的规则限制之内行使。而这些规则无论会是什么,必须得到一致的适用。这样说来,法治与法律规范的具体内容似乎并不相关。 177

只要立法者必须通过普遍规则而宣告自己的意志,他就不能直接惩罚或表彰任何个人,因而,也就不能把任何人置于自己的直接人身控制之下。行政者只能在不是他制定的规则限制之内与个人打交道。因而,根据这种思想模式,行政者不能利用公共权力谋取个人目的。由于行政者在法律限定的界线内活动,那就意味着,一定还有掌握最高权威的其他人在决定法律到底意味着什么,并且通过与行政截然不同的方法进行自己的工作。这些官员就是法官。

如果行政者也是法官,他就有可能把他有义务实施的规则的含义加以扭曲以适合自己的目的。不仅如此,他还会最终以混淆行政与司法方法而告结束,它们各自有自己不同的侧重点,而且,对于国家的适当管理而言,它们都是必不可少的要素。

行政者往往集中注意于,在法律限度内,如何最有效地实现既定的政策目标。对他来说,法治就是决定得以作出的一种结构。相反,对于法官来说,法律则从边缘进入了他们注意力的中心领域,法律是他们活动围绕的首要主题。审判活动要求不同

的论证，而审判的完整性则要求专业化的机构与人员。

如此说来，即使对法治的最狭隘的理解也必须区分立法、行政和司法的不同工作程序。后面，我们将会看到行政与司法方法是如何及为什么首先出现的，以及它们与立法方法的区别竟愈来愈站不住脚了。

如果不同的行政者和法官一致适用普遍法则就足以构成广义法治理想的特点，那么，比较狭义的法治理想则必然对立法自己的方法有所要求。这种理想要求法律应该通过一种立法程序来制定，而这种程序又是每一个人根据自己的利益都有理由同意的。格外重要的，它还坚持每个人都应在某种程度上参与立法进程。因此，可以预测，法律秩序将会具有前文所说的实质上的自治性，它将表现为对立集团的妥协，而不是体现一个特定集团的利益和理想。

实际上，上述两种法治形式与自由主义社会的民主形态与非民主形态大致上有一种对应关系。就具体社会而言，两种法律秩序中，哪一种法律秩序占据主导地位则似乎在很大程度上依赖于第三等级是否有足够的力量来要求参加中央政府，如英国，或者依赖于第三等级是否有足够的影响通过普遍法律而限制王权，如德国。后面对德国问题的讨论会使上述假定更为确切并指出其它有关情况。

在这两种主要形式中，法治都希望通过保证权力的非人格化而解决自由主义社会的困境。不过，它们实现这个目标的能力则依赖于下述两个关键性的假定。

第一个假定就是，最重要的权力必须集中于政府。只要社会中的阶级等级和角色等级还未影响到个人的基本自由，它的横行霸道还未涉及个人存在的最核心部分，那么，等级制度的不合理性就还可以保持在可控制的界限之内　政府必须高居于社

会等级之上或置身其外。国家对社会等级的这种独立性可以通过民主选举和控制公共官员而得以实现。或是依赖于君主和官僚制的特殊观念,即假定他们的地位有助于保卫国家免受党派利益的影响。 179

法治理想的第二个关键性的假定就是:权力能够受到规则的有效制约,无论这些规则是作为限制行政机关的工具,还是作为审判中的实质选择而发挥作用。法律规则的普遍性和适用的一致性将使对特定个人行控权力的人们很难把自己的工作变为谋取私利的工具。更重要的是,由于法律创造了一个隔离带,因此,个人不会感到自己与行政官或法官的关系是一种人身依附关系。

法治的这两种前提所造成的不断积累的冲击就是,明确区分官员以官员身份从事的行为与私人之间的行为之间的界线。前者的关系是从属性的,但是它并不涉及对个人意志的屈从。后者的关系主要是平等的,至少它所强加的只是第二手的、临时性的从属形式。我认为,这两种情况的区别等同于传统上公法与私法的划分。

不过,话又说回来,法治的这两种假定最终都被证明为基本上是虚构的。首先,在自由主义社会中,所有重要的权力都保留在政府手中这一假设从来都不是真的。说实话,最直接、最深刻地影响个人生活的等级制度还是存在于家庭、工作场所及市场之内。这些不平等并没有因为法律面前形式上平等的信念而松懈或得到有效地纠正。而且,至少就短期而言,它们也未因为政治民主制的设计而受到破坏。 180

法治理论的另一个关键的假定——规则会使权力非人格化和公正化也同样十分脆弱。以立法问题为例。有两个理由说明,为什么自由主义社会的立法方法不可能被认为是真正中立

的而为人们所接受。首先，程序与结果密不可分，每一种方法都会使某种立法选择优于其它考虑，尽管它还很难在任何具体问题上打下自己的烙印。第二，每一种立法体制本身都体现了某种价值观，它已经包括了如何在社会中分配权力以及如何解决冲突的观点。它必然循环性地证明它所依据的观念。

只有当确实存在着一种摆脱执政者好恶而独立地确定法律规则含义的方式时，规则才可以保证行政权力的非人格化。这样一来，行政权力的合法性问题就转化为规则能否充分地控制司法权力的问题。法官能否利用一种方法以追求个人任意的判决呢？如果我们承认有些术语缺乏不言而喻的意义，规则的意义必须最终由立法目的和具体环境所决定，以及从前立法者的目的总是多多少少不完全的，我们就有理由怀疑，在自由主义社会中，有没有流行过一种真正中立的司法方法。更何况，社会共识的变化无常及不合法性使得法官很难发现一种稳定的、权威性的共同认识及价值观的体系，以便在此基础上建立他的法律解释。因此，每一个案例都迫使法官，至少是暗中地，决定在一个既定社会中相互竞争的信念体系中孰先孰后。另外，这还要求法官依赖于一种，即值可以辨认，也日益被揭示为是本身缺乏神圣性的社会状况产物的公认的伦理观。从这个程度上讲，审判并没有解决而是加剧了不合理的权力问题。

181

因此，自由主义社会生活的现实证明了法治理想根本值定的虚假。但是，难以理解的是，保证权力非人格化尝试失败的理由就是原先鼓励这种努力的同一些理由：相对开放的、部分的等级秩序的存在以及伴随它出现的自我合法化的共识的解体。使探求成为必要的那些因素也决定了它不可能成功。一个值定中立的作为社会冲突观察员的国家永远被卷入了个人利益的对立之中，而且还成为这个或者那个集团的工具。因此，在寻求训练

和证明权力行使的过程中，人们由于追求一种被禁止达到的目的而备受责难。而且，这些反复出现的失望还在扩大理想观念与现实经验的鸿沟。

法律、官僚政治和自由主义：德国问题

本节将在现代德国历史进程中重新检验以前有关自由主义社会及其法律的某些论点。除了提供一些例子外，讨论德国问题还有助把我第二章中关于法律秩序基础的讨论与当前的对自由主义社会中法律的地位所作的研究联系起来。另外，德国的法律和社会发展在许多重要方面都不同于我在讨论自由主义及其法治时所描述的简单结构。因此，德国问题就对我的论点提出了挑战，迫使我证明它，也允许我对其详加解释。在接触具体的德国问题之前，再次以广泛的历史背景开始将会是有益的。 182

没有什么地方的等级国家比中欧的等级国家更加持久和更加根深蒂固。正当封建主义由于不成熟地尝试在广泛的领土上实行中央集权未果而渐渐后退时，在中欧，像在欧洲其它地区一样，等级制度是封建贵族反对 12、13 世纪时最初的集权化趋向的产物。

中欧等级国家的三个特点与我们当前的关注密切相关。第一，司法与行政职能不分，国王和等级共同行使这些权力，并把它作为实现公正和维护基本法律的共同责任的一个组成部分。第二，公法与私法尚未分离，换句话说，政治权利与社会地位仍然是一个不可分割的整体。第三，还不存在负责公共事务的官僚人员，他们应当明显不同于个人的特权。第三个特点值得详加说明。

从 12 世纪初开始，欧洲经历了专业管理在许多情况下得到发展这一过程。每一个中央集权的君主开始在自己的身边安排一些受过专门训练的办事人员，他们可以帮助君主处理君主主

要关心的问题：例如，通过实施司法而扩大国王的控制、从臣民那里征收赋税，为其积累财富等等[21]。为此，王室法院就在欧洲各地建立了如下一些机构，如在英国，建立了大法官法庭和税务署，在法国，建立了最高法院（parlements）和审计法院（cour des compts），在罗杰二世治下的西西里，建立了一些司法和行政机构[22]。在这些机构中工作的人们受过特殊的训练，并且具有自己的重要的权力，但是，他们仍然不过是国王的仆人，是他的政策的工具。在君主自己的世袭利益与这些官员的政治目标之间尚未出现什么差别。

183

中世纪晚期的自由城市却为行政官员的发展提供了某些不同的环境。这些城市的官僚们具有一种明显不同于占据公共官员位置的国王的仆人的意识。不过，这些官僚对私人委托人的效忠及其从委托人那里获得酬劳却是他们地位的一个组成部分。

到了15、16及17世纪，君主制国家中出现了重大变化，这就是为国王提供私人服务与政府的工作逐渐区别开了。不过，把行政官员看作是其所有者为了自己利益可以利用甚至出卖的私人财产的倾向仍然存在[23]。在普鲁士占据重要位置之前，法

---

[21] See Joseph Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, Princeton, 1970), pp. 17—18.

[22] See Erich Caspar, *Roger II* (1101—1154) *und die Gründung der Normannisch – Sicilischen Monarchie* (Innsbruck, Wagner, 1904), pp. 297—319; and Francesco Giunta, *Bizantinie Bizantinismo nella Sicilia Normanna* (Palermo, Priulla, 1950), pp. 122—126.

[23] See Martin Göhring, *Die Ämterkäuflichkeit im Ancien regime* (Berlin, Ebering, 1938); and Roland Mousnier, *La Vénalite des Offices sous Henri IV et Louis XIII* (Paris, Presses Universitaires, 1971)。关于后来的发展，见 Franklin Ford, *Robe and Sword, The Regrouping of the French Aristocracy after Louis XIV* (New York, Harper, 1965), pp. 105—123。

国的“官员”(officers)大概是欧洲官僚专制主义最为成熟的代表了[24]。

从17世纪中叶往后,在普鲁士,等级国家的上述特点开始渐渐地消失了。虽然这一变化的直接推动力是霍亨索伦王朝,但是,最大的受益人却是官僚自身以及官僚得以产生和官僚与之结盟的阶级。

行政和立法权力与司法权威开始分开了。这种分离有助于达成多种目的。这种分离把国王的主动行为与一套司法责任体系和过去曾经限制君主权威的仪式区别开来。而且,这种分离在剥夺等级实质的政治权利的同时又允许他们保留某些传统上的审判特权。

这一新的分离还有助于法律概念自身的微妙而又重要的变化。等级国家的等级法律既有对人又有对某地域的管辖涵义。它是某一地域的法律,在这个地方,不同的等级共同生活在一起,每个等级都遵守自己的法律。一旦立法和行政任务集中起来,人们就有可能把法律作为适用于该地域所有居民的一种不偏不倚的秩序加以制定、加以认识。法律秩序成为国家主权相互联系的东西,而后者被赋予了一种对地域的强调[25]。 184

使行政和立法权力集中在一个中央政府的同一些因素也促进了现代公法与私法区别的形成。这一区别的直接意义在于,

㉔ 另一方面,虽然禁止特派员们把他们的职位看作是私人的遗产,但他们却缺乏确定的法律权威。见 Otto Hintze, *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte* in *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur Allgemeinen Verfassungsgeschichte*, ed. G. Oestreich (Göttingen, Vandenhoek, 1970), pp. 254—255。

㉕ 关于奥地利的有关发展,见:Henry Strakosch, *State Absolutism and the Rule of Law* (Sidney, Sidney, 1967), pp. 29—49.

它明确划分了政府或多或少享有自由权的领域与政府交给市民社会的领域。最初，私法不过是等级国家中等级法律的延伸，因此，最早的那些法典，如1794年的“普鲁士邦法”，仍然渗透着等级特权的精神[26]。但是，慢慢地，等级特权开始被形式平等的纲领取代了，当然，这一过程在普鲁士不如欧洲其它国家那样彻底。而公法最初仅仅表现为颇为凌乱的王室法令的对立物，但是，在“法治国家”(Rechtsstaat)概念大行其道之后，公法也逐渐受到普遍的行为标准的限制。

普鲁士国家发展中的另一基本倾向是创造了一批官僚，而由于他们日益增加的影响，已经不能再把公共职位看作是私人的附属物了[27]。这种发展的高峰是接受了如下的意识形态，即官僚所追求的作为普遍利益的公共目的就是，作为有机整体的国家的福利而不是任何小团体的特殊利益。在驱逐拿破仑之后而开始的斯泰因——哈登伯格改革期间，行政人员只是中立力量的观念十分流行。

服务于一种普遍利益的观念既有真理的因素也有过多神秘的成份。它实际上标志着官僚开始与君主和土地贵族分享权力的一个时代。在它最初的自由主义的冲动中，官僚可以通过解放农奴而破坏等级社会的结构，从而，在不知不觉中为广泛的农

185

㉖ See Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen, Vandenhoek, 1967), pp. 331—335

㉗ 此外我深深地得益于 Hans Rosenberg, *Bureaucracy, Aristocracy, and Autocracy, The Prussian Experience* 1660—1815 (Boston, Beacon, 1966), pp. 1—25. 又见 Otto Hintze, *Der Beamtenstand* in *Soziologie und Geschichte* (Gottingen, Vandenhoek, 1964), pp. 66—125; Eckart Kehr, *Zur Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaates* in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, ed. Hans-Ulrich Wehler (Cologne, Kiepenheuer, 1973), pp. 37—54; and Henry Jacoby, *Die Bürokratisierung der Welt* (Neuwied, Luchterhand, 1969), pp. 37—86.

业和工业资本主义铺平了道路。不过，对贵族的明显进攻都结合着承认贵族的利益，以及努力模仿贵族气质，试图加入贵族行列等等特点而进行。与此同时，它又是王朝政治野心的利器，以一种前所未见的国家机器的效率打击着霍亨索伦王朝的内外宿敌。不过，这一巨大的官僚机器也开始确立了自己的目标，并渐渐地把自己凌驾于创造它以为自己服务的王权之上。因此，在政府官员摆脱了佣工地位而成为分享权力的势力时，则该国的主导理论就是官僚普遍主义的意识形态。

回顾历史，人们可以说整个欧洲或具体到德国，官僚制度经过了四个典型的、相互重叠的发展过程：行政官员只是国王个人仆从的阶段；行政官员认识到自己是一个不同于国王仆从的公共官员的阶段，不过，他们仍然公开地把官员职位作为私人财产来使用；官员们发誓决不直接使用政府权力促进个人私利的阶段；最后，官僚使自己成为普遍利益监护人的阶段。

既然我们已经描述了德国从等级国家向官僚专制主义的转化轮廓，我们就可以理解为什么这种官僚秩序可以被重新定义为自由主义国家，以及这种重新定义对法律理论和实践的意义。核心就在于法治国概念，这是德国人对法治理想的解释。 186

法治国的理论最初并非产生于普鲁士，而是德国西南部，并且可以追溯到战胜拿破仑那个时代。这一理论的政治核心就是王权、等级和官僚之间的妥协。宪法上的二元主义公式表现了这一妥协：权力应当由以国王和官僚为一方和通过等级会议而表现自己的等级为另一方的势力来共同掌握。无论是保守派还是自由派都担心行使立法和行政权力缺少法律的限制。保守派担心，若没有限制，就等于向人民主权敞开大门；而自由派则担心，如果没有限制，它将丧失抵御王室反复无常的自卫措

施[28]。

在1848年民主自由主义的浪潮之后，普鲁士抓住了法治国家的概念，这个概念采取了一种在君主制度被推翻以前一直能够体现其特点的具体形式[29]。自由主义者和中产阶级在缺乏有意义地参与政治的同时，获得了安全的保障。法治被定义为是一种由独立的司法官僚所管理的法律秩序的统治；它约束政府根据普遍的规则行事；它赋予个人以固定的权利和义务。在法律制度所保障的私人生活领域内，商人可以在和平气氛中相互交易，而学者则可以或多或少地自由地发表意见[30]。因此，作为一种能够满足他们渴望的摆脱人身依附关系要求的方式，非个人化的官僚秩序就被虽有政治意识但没有政治力量的群体接受下来。

这种关于温和的法律普遍性和自治性理想的信念既表现了统治集团内部的妥协又表现了对中产阶级的让步。它认可了土地贵族、上层官僚和君主自由地行使他们对国家的共同统治，187 而自由派用来企图实现某种程度参政的那些设计，如使用德意

---

[28] See Reimund Asanger, *Beitrage zur Lehre vom Rechtsstaat im 19. Jahrhundert* (Bochum, Pöppinghaus, 1938); and Leonard Krieger, *The German Idea of Freedom* (Chicago, Chicago, 1972), pp. 252—261.

[29] 普鲁士法治国的经典理论见 Rudolf von Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (Darmstadt, Gentner, 1958)。又见 Guido de Ruggiero, *Storia del Liberalismo Europeo* (Bari, Laterza, 1925), pp. 273—288.

[30] See Eckart Kehr, *Zur Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaates in Moderne deutsche Sozialgeschichte*, p. 46; Herbert Marcuse, *Reason and Revolution* (Boston, Beacon, 1960), p. 15; Hajo Holborn, "Der deutsche Idealismus in sozialgeschichtlicher Beleuchtung," *Historische Zeitschrift* (1952), vol. 174, pp. 359—384; and Theodore Hamerow, *Restoration, Revolution, Reaction: Economics and Politics in Germany 1815—1871* (Princeton, Princeton, 1972), pp. 173—195.

志帝国国会(Reichstag)审批预算、弹劾不忠实地履行法律规定义务的部长的权利等等,不久就被证明是无效的[67]。

我所描述的社会和政治大趋势说明了德国占统治地位的行政和司法推理模式为什么会如此发展。最初,司法和行政官僚本身并无什么区别,他们都被要求严格遵守规则,并且多多少少都是按字面意义解释规则。之所以坚持这种机械式的形式主义,那是因为君主需要借此实现他对官僚机器的控制并保证官僚们忠实于君主的政策。同时,这种形式主义也保护了新生的官僚抵抗君主和贵族的侵害,具体方式就是使官僚可以证明自己的判决不过是与个人无关地适用规则的结果。

在发展的第二阶段,官僚们取得了很大程度的独立的权力。随着法治国的制度化,司法和行政官僚开始履行更为明显有别的职能了,这种职能上的区别又因一种社会分化而得到了加强:法官主要来自资产阶级,而高级行政人员则日益与贵族合流,就像成功的工业暴发户那样。在这个时期,严密控制司法自由裁决的努力有两个目的。一方面,它满足了中产阶级对法律适用的确定性和可靠性的要求;另一方面,它向行政精英保证,法官将会严格地遵守法律和命令,而法律和命令的制定则是高级行政官员说了算。

为了把司法机关降到次要的位置上,行政官员还使用了其它武器。其中之一就是使司法部成为上诉法院。另外一种就是把某些问题从司法领域中划分出来,使之服从特殊的行政处理程序。再有就是撤销法院原来享有的控告权,把它交给了国家

188

[67] See Otto Pflanze, *Juridical and Political Responsibility in Nineteenth-Century Germany* in *The Responsibility of Power*, ed. L. Krieger and F. Stern (Garden City, Doubleday, 1967), pp. 162—182.

的检察官㉜。

当司法机构受制于形式主义地对待规则这一要求时，不再受制于君主的行政官僚则可以采用无情的工具合理性理论。在德国，只有政治力量或主要权力之间的平衡才可以限制人们所追求的政治目的及用来促进这些目的的手段。

到了19世纪后期，在魏玛共和国时期更为明显，当工业化已经在德国的社会生活中打上了自己的烙印之时，官僚推论形式史上的第二个阶段开始了。这一时代的标志就是法律理论理想的改变及在较次要意义上，实际法律推理模式的改变。在强有力的经济集中化倾向的影响下，资产阶级日益分化为两个具有不同侧重点的集团：靠工薪过活和基本上没有政治权力的中产阶级，与军界和官僚领袖结盟的大资本家㉝。

这后一集团，管理精英们，已经不再依赖司法机关去实现自己的重要目的了。通过直接影响政府，以及通过卡特尔创造了大量非国家的法律（这些法律几乎完全超出司法机关的管辖之下），这一集团就可以实现自己的目的。而且，借助于这一集团在权力结构中的位置，它也可以获得该集团所要求的安全性及可预见性。

受雇佣的中产阶级则无时无刻都感兴趣于摆脱法律的司法限制，因为它使工薪资产阶级在立法上几乎没有什么作为。由于法官主要来自这一阶级，并与之具有相同的世界观和利益，因

㉜ See Eckart Kehr, *Zur Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaates in Moderne deutsche Sozialgeschichte*, pp. 49—50.

㉝ See Eckart Kehr, *Zur Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaates in Moderne deutsche Sozialgeschichte*, p. 53; and Max Horkheimer, "*Bemerkungen zur Philosophischen Anthropologie*," *Zeitschrift für Sozialforschung* (1935), vol. Ⅳ, p. 14.

此，中产阶级希望他们在行使自由裁决权时会倾向于这一阶级的利益。这也就是在魏玛共和国时期他们以最大胆的方式通过民法典的诚信条款重新评价债务时所做的工作，而债务的真正价值几乎为二十世纪初期的天文数字的通货膨胀所消灭殆尽[60]。

至于为什么在魏玛危机之前商人集团长期赞同司法机关“建设性地解释法律”，还有一个更普遍的理由。就对法律秩序的态度而言，商人们往往在两种需要之间备受折磨。它希望司法判决足以预见，以免干预商人对彼此交易经济后果的统计。但是，它也希望法律适用对商业惯例更敏感一些，而且持续地适应商业交往的需要。前者通常渴望限制司法自由裁决的增多而后者却赞成这种增多。然而，在十九世纪后期的德国，这一冲突由于下述情况而得以解决。主要来自商业集团或同情他们的法官通常可以被指望以一种既会是实质上可以预见的又是反映商人阶级需要的方式行使自由裁量权。

正是在资产阶级分成两个集团所造成的这一社会环境中，一个集团不关心司法界，而另一集团则盼望司法机关的公正干预，一种机械适用规则的法理学理论的社会基础不复存在了。这时，向政策本位的推理模式的转变由于思想的变革而加快了步伐，这些变革已经开始破坏早期司法判决得以依赖的整个知识和语言观念。

在法律适用中，规则形式主义的没落使法官的推理在风格和方法上都接近了行政官僚们所采用的工具合理性，并使工人阶级的捍卫者和代言人做不出什么选择。如果他们也批评规则

---

[60] See John Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Michigan Law School, 1968), pp. 461—479.

190 形式主义理论，他们就会为不同情他们利益的司法机关的冒险活动大开方便之门。反过来，如果他们反对司法自由裁量权的扩张，他们会有助于维护一种由于中立假象所加强而不是消弱的、体现阶级本质的法律秩序。因此，社会主义的法律理论家们在捍卫还是反对形式主义法律理论之间犹豫不决[⑤]。

总之，在对德国历史上某种趋势的讨论中，人们可以对我关于自由主义社会中的法律的观点得出一些更为普遍的推论。第一，法治国观念只是国家主权与等级社会的等级秩序相互妥协的表现。在较低的程度上，英格兰法治也是如此。但是，与一种采取议会立宪主义的自由主义秩序相比，趋向于君主和官僚专制主义的自由主义秩序更容易使贵族社会的许多特点永恒化。英格兰的法治既是中产阶级直接参与政府的原因又是它的结果。然而，德国式的非民主的自由主义的法律对应物则是狭隘地解释法律的普遍性和自治性，把它们看作是有权力的人和没有权力的人都可以利用的安全屏障。

德国的例子表明，作为一个颇为"万能的阶级"，官僚完全能在创建非民主式的自由主义的过程中发挥关键的作用。今天看来，官僚还是比他们的君主盟友及贵族盟友命大，在几乎所有的工业化国家中，官僚都成为了一种主要的势力。指导官僚上层活动的基本动机不仅到处一样而且总是一样：为自己那种工具191 合理性保留最大限度的空间，并且通过把其它集团置于规则形式主义理论的约束下或是允许他们在非常有限的实现目的的手段中作出选择而限制这些集团的自由裁决。

人们可以从德国例子所得出的第二个结论则不得不涉及到

⑤ See Ernst Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (Berlin, Laub, 1927), pp. 39—45.

法律秩序与独裁主义的关系。实际上,仅仅承认法律的普遍性和自治性,以及立法、行政和司法的区别并不具备内在的民主意义。因为,它们也可以帮助促进一种寡头的或独裁的君主权力。当托克维尔讲创如下问题时,他无疑是正确的。"如果政府的专政是以暴力进行的,那么,在把政府交给法学家管理之后,专制在法学家手里将具有公正和依法办事的外貌。"[⑱]法律秩序不仅可以体现一种精心构造的独裁主义,而且它还可以与那种通过不受约束的个人化的权力,采取纯粹恐怖手段消灭政敌的作法无限期地共处在一起,在自由主义社会中,角色的专业化竟给每个人留下这样的印象:不同的社会生活领域之间存在着极为深刻的鸿沟,这一事实使得人们比较易于接受法律与恐怖的共生现象。

最后,德国历史清楚地说明了,在无产阶级不能有效支配的环境中,合法性理想使他们陷入了两难境地。无产阶级需要中央集权的官僚机构来抵消地方寡头和全国性利益集团的影响,他们也需要一种普遍的法律制度来限制工作单位内外的上层人物的任意支配。然而,问题在于,中央集权的官僚机器还限制了民主参政。而且,借助司法机关平等地对待不平等的人们这种做法,如果不加剧,也只是会证实不平等的存在。

解决这一两难境地的一种方法似乎就是掌握权力。但是,正如许多社会主义社会的经验所说明的,掌权本身及掌权从来也不能解决这个问题。因为,只要还相信中央集权的官僚组织,这个问题就会存在。后面,我们将会看到开始破坏官僚机构的 192

⑱ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, trans. P. Bradley (New York, Vintage, 1961), vol. Ⅰ, p. 285 (译文参看托克维尔《论美国的民主》,董果良译本(商务印书馆1988年版),第305页。——译者注)

同一意识形态和社会的倾向也挖了法律秩序的墙角，并最终使得法律的公共性和实在性也处于危险之中。

后自由主义社会中法治的解体

后自由主义社会

对自由主义社会的一种理解实际上说明了对该社会法律秩序及法律理想的认识，同时又为这种认识所说明。因为，法治一直被真正认为是现代国家的灵魂，因此，研究法律制度将使我们直接面对社会本身所面对的核心问题。

如果构成我观点基石的这个假定是正确的，那么，法律本质及其使用的任何修正都会揭示社会基本制度及人们对自身认识的变化。同时，无论我们会从这些社会变化中得出什么结论都将帮助我们重新解释法律秩序的改革。遵循着这一精神，我在下面将讨论某些国家，即西方资本主义社会民主制度演变为后自由主义社会的方式的某些方面。

这些社会的特点破坏了法治并加强了思想和组织的发展趋向，这些趋向最终阻碍了人们依赖于作为社会秩序基础的公共性和实在性规则。这些令人大吃一惊的趋向迫使我们重新检验我们对后自由主义社会现状及未来的认识。不过，就本章的目的而论，强调这一新型社会生活形式的两组一般特点也就足够了。

第一组特点涉及到政府公开干预从前被认为是国家行为适当领域之外的领域。对不合理的等级制度问题的回答，这是法治所没有做到的。现在在政府那里找到了，等级秩序本身日益

成为政治争论和政治冲突的核心问题。由于国家日益卷入公开的重新分配、规定及计划的任务之中，它变为了一个福利国家。

后自由主义社会另外一组值得注意的特点不过是刚才列举的问题的反面：国家与社会的逐步近似，公法与私法的逐步混同。一方面，国家不再伪装为社会秩序的中立监护人了；另一方面，私人组织日益被承认，被当作是享有如下权力的实体，而传统理论曾认为这些权力专属政府。人们可以更加意识到过去部分真实的，虽然在早期远不那么真实的道理：社会是政府的集合体，而不是由单一政府所组织在一起的个人之间的联合所组成的。实际上，丧失了不同于社会的现实和意识基础的国家就是一个合作国家。

现在，让我们看看这些福利的、合作主义的倾向如何影响了社会的规范秩序。

福利国家与法治的衰落

福利国家的发展在许多方面影响了后自由主义社会的法律秩序。但是，有两种直接的影响特别值得一提。

第一种类型的影响就是，在立法、行政及审判中，迅速地扩张使用无固定内容的标准和一般性的条款。例如，法院可以负责管理显失公平的合同以避免巧取豪夺，控制经济的集中化进程以便维持竞争性的市场，或确认一个政府机构的行为是否符合公共利益。虽然，法律中总是存在着这类不确切的命令，但是，它们却由于我所提到的变革而迅速地凸现出来了。 194

福利国家对法律的第二类主要的影响在于：从形式主义向目的性或政策导向的法律推理的转变，从关注形式公正向关心程序或实质公正转变。在展开进一步的讨论之前，上述术语应当明确界定。

当仅仅乞灵于规则，并从规则推导出结论被认为足以进行

每一个权威性的法律选择时,法律推理就是形式主义的。那么,当如何适用规则的决定依赖于如何才能最有效地促进规则所要达到的目的时,这种推理就是目的性的。这两种类型的法律推理的区别,说到底,就是适用于公开证明的标准与批评官方决定的标准之间的区别。这种区别并不谎称描述了判决的实际原因和动机。

当把一致地适用普遍的规则看作是正义的基石时或当确认有效性被认为是独立于相互冲突的价值观的选择原则时,这种正义的理想就是形式的。当被用来进行社会利益分配和交换的程序合法性强加限制时,这种理想就是秩序的。当它支配着分配性决定或交易的实际结果时,这种理想就是实质性的。因此,合同法中,关于一旦具有某些外在的、可见的意思表示时交易就可以强制执行的理论就体现了形式正义。如合同当事人具有平等的订约能力的要求代表了程序正义,价值虽然可以评估,但禁止不等价交换的原则代表了实质正义。

195

一种形式上的正义理论,首尾一贯地坚信形式主义法律推理的可行性。这种观念在个人之间交往的领域内具有普遍的影响,但在政府分配的领域内则不那么重要,因为,政府分配不可避免地涉及在冲突的价值观念中作出选择。这种形式主义理论倾向于严格区分非个人的相互正义及任意的分配正义。前者免除了分配性前提,而后者除了具有法律的外表之外,从来也谈不上什么充分的公正和普遍。

随着人们采用目的形式的法律推理,程序正义和目的正义的观念逐渐重要起来,而且反过来,这些观念还推动了关于推理的多种观点。由于政策导向的法律推理迫使人们在不同的价值观之间做出公开的选择,此外,它还追求程序正义或目的正义要求:根据确定正义概念的理想解释规则。因此每一个关于支配

交易的原则的决定都被认为依赖于程序或分配性的前提，并具有程序和分配性的后果。

后自由主义社会经历着逐步广泛地使用无固定内容的标准这一过程，并且在目的导向的法律推理和程序或目的正义观念之间摇摆不定。这里只有侧重点的变化而不是明显不同的阶段之连续。几乎没有什么社会的变化是伴随着不间断发展而产生的。明显的政策导向的法律推理模式往往跟在那个强调形式主义的法律推理的阶段之后，就像十九世纪的美国那样。即使在形式主义一统天下的时候，人们通常也日益普遍地意识到，法律秩序重新在不同的集团和阶级之间分配着资源。然而，我在后 196 而将说明当前的倾向与早期的倾向是有区别的，这不仅在于当代的发展更为明显、持久和广泛，而且，这一点更为重要，在福利合作国家中，法律的形式性、平等性、共同性和公正性诸因素之间出现了一种新型关系推动后自由主义社会趋向于目的导向法律推理，程序或目的正义的直接因素直接与福利国家的内在发展有关。它们最初是用来对付私人领域内的集权权力的措施，或是用来纠正一种形式规则体系的外观的方式。由于政府承担了管理责任，它就必须在下述领域中展开工作，在这里，判决所涉及的有关因素实在是太复杂、太琐碎了，以至于不允许人们使用普遍规则，而只能诉诸于模糊标准。那些负责使这些标准在行政上和司法上实现的人们就有必要使这些标准具体化和个别化。

日益强调目的导向的法律推理以及程序或实质正义的原因更为模糊，而且很难给出一个全面的解释。不过，据我看来，下列因素都发挥了作用，如关于语言的理论解释方面的变化，关于合法的国家行为之范围和基础诸方面共识的变化，还有等级秩序结构的变化。语言已经不再被记为是固定性的范畴，而且也

不再是现实世界的透明体现了，而以前的语言观念却使形式主义在法律推理及正义观念中显得很有道理。由于不再相信现存等级权力及等级分配的合理性，那么，政府行为的合法性，包括司法行为在内，日益依赖于这些行为所导致的福利后果。最后，在一个正义命令仍被认为是未知数的社会环境中，阶级斗争的变化也剥去了国家每一种中立性的伪装，并把它改造为一个公认的党派利益的工具。

197

无论我所描述的这些趋势的原因会是什么，也不管它们如何地因国而异，它们对法律的主要影响是明明白白的。它们反复地破坏了法律秩序区别于其它法律类型的相对普遍性和自治性，而且，在这样做的过程中，它们还使以法治为代表的政治理想威信扫地。

无固定内容的条款和普遍的标准迫使法院和行政机关从事着排斥普遍规则推导具体利益平衡的活动。法律普遍性的一条必然的推论就是严格限制在做出官方选择时所参考的有关事实的范围。如果判决所参考的因素过多，而每一个因素又变化不居，那么分类范畴或类推标准恐怕会很难得出，甚至更难维持。可是，那些综合性的标准所特别适合的那类问题倾向于否定上述限制。它们包括了大量的、新生的利益的相互冲突，而其背景就是拒绝为了其它利益而完全牺牲某一利益。

一旦尝试使这些标准法典化，把它们还原为具体规则，它们的特点就受到了扭曲。从而，问题就是，或在普遍规则的外表下允许存在广泛的不受约束的自由裁决和个人化，或是丢失制作管理性决定或产生衡平后果所必需的灵活性。这一假象与僵化之间的辨证运动过程类似于如下发展：罗马执政官法为帝国立

法所取代[37],英格兰衡平法败给了普通法[38],非西方社会的习惯法和神法被殖民地的行政当局最终法典化了[39]。

不过,目的导向的法律推理以及非正规的审判也为法律普遍性的理想带来了一些麻烦。政策本位的律师们坚持,解释法规的要素就是选择他认为是最有效地实现目的的手段。但是,由于判决所针对的社会环境变化了,判决制造者们对适用于实现目的之手段的看法也变化了,因而,解释规则的方法也必须变化。判决结果的这种不稳定性随着公认的政策的摇摆,随着它要解决的问题的复杂性而增加了。因此,个人权利和义务的非常稳定的领域这一观念,它与法治理想不可分割地结合在一起,也将被腐蚀[40]。

追求实质的正义在更严重的程度上侵蚀了法律的普遍性。随着不能允许的社会地位的差别日益扩大,个别化处理问题的需要也相应增长起来。不管实质正义如何定义,它只能通过具体问题具体处理的方法才能实现。因此,举例说,人们就有必要通过颠倒法律秩序对处于不利处境的群体的态度来补偿现存的不平等。某些群体之间的优先地位就渐渐转化某些个人,以及

㊲ See Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, Oxford 1946), pp. 285—289.

㊳ See S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (London, Butterworths, 1969), pp. 85—87.

㊴ See J. Duncan Derrett, *The British as Patrons of the Sāstra in Religion, Law and the State in India* (New York, Free Press, 1968), p. 250; Marc Galanter, "The Displacement of Traditional Law in Moder India,"—*Journal of Social Issues* (1968), vol. XXIV, p. 72; and J. S. Furnivall, *Colonial Policy and Practice, A Comparative Study of Burma and Netherlands India* (New York, New York, 1956), p. 133.

㊵ See Friedrich Hayek, *The Road to Serfdom* (Chicago, Chicago, 1967), pp. 72—87.

特殊状况的优先。

在许多西方社会民主国家中，关于义务和责任的法律规则的发展史也以另一种方式说明，坚持实质的正义必然与已经确立的普遍性观念相冲突。古典的合同及不法行为责任的理论在非人格化的相互正义及分配正义之间划分了明确的界限。前一个领域是古典理论所关心的，而后一个领域，如果存在，那也是政治和市场的领域。同时，古典合同理论把责任局限于那些本来有义务服从普遍规则的行为领域，这些理论正是在上述这样一些限制中坚持它们的绝对性[40]。

在福利国家和政策导向法律推理的时代，人们更加坚定地承认，有关交换的规则的确具有一种分配性的含义。可是，在一个司法环境中，重视分配性的标准的尝试却不可避免地迫使法院进入了另一个领域，在这里，有关因素的复杂及缺乏普遍拥有的正义标准使普遍性不仅难以实现，而且很难坚持。这种情况更由于为了回答公平考虑而把责任扩大到产生公平问题的领域而日益加剧。而且，由于人们愿意在日趋扩大的责任领域中附加上一系列免责条件，这在刑法和私法的领域中的都很明显，这一困难进一步地复杂化了。因为认定一种免责依赖于对特定个人和情节的判断，而这种认识或判断与作为一般性陈述的规则背道而驰。

199

更严重的是，破坏了普遍性的这些趋向也在实质、方法论、机构及职业等四个方面摧毁了法律秩序的相对自治性。

核心的标准往往诱使它们的使用人利用工匠的效率概念和外行人的正义观念。举例说，如果人们要赋予诚信概念以具体内容，人们就必须走出律师学识所限定的狭隘范围而请教实践，

---

[40] See Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio, Ohio, 1974), p. 14.

并接受某一社会集团的思想模式。

由于目的导向的法律推理以及对实质正义的关注逐渐占了上风,法律推理的风格就开始接近了政治和经济的共同的推论方式。所有这些都以工具合理性相对其它思想模式的至尊地位为特点。的确,政策本位的法律推理代表了确认或抛弃法律推理的自治性两种倾向之间的不稳定的调和,正像程序正义调和了形式正义和实质正义一样。 200

法律推理自身特色的消失是与下列需要联系在一起的,即行政人员和法官有必要追求一种不同集团所共有的实质正义理想,有必要拟定出共同的伦理观及占主导地位的传统。法律在实质和方法两个方面的这些变化也有助于破坏法律机构和法律职业的特质。法院最初公开地类似于行政机关,继而类似于其它政治机构。因此,律师与官僚和其他技术人员的区别开始消失了。

前面所讨论的运动所逐步积累起来的影响就是鼓励法治的解体,至少是就法律的普遍性和自治性所确定的合法性形式而言是如此。很清楚,法律的普遍性和自治性从来也不是自由主义社会中法律秩序完全的现实描述,它们不过是自由主义社会生活形态使之有必要持有,但又不能充分实现的理想。后自由主义阶段法律的特色主要在于背离这些理想,这一变化,尽管表面上意义不大,但却指出了人类信念和社会秩序中的重大变化。

合作国家及其对实在的、公共性的法律的冲击

与福利国家的趋势相比,后自由主义社会的合作趋向对于法律潜在地具有一种更为严重的影响。如果说,前者有助于法治的解体,那么,后者则最终向官僚法的更为普遍和基本的现象——法律的公共性和实在性挑战。合作主义的锋芒所向,就是要在思想上和组织上取消国家与社会的界线,因而,也要取消 201

公共生活与私人生活的界线。由于国家渐渐融合在社会中，社会自身也产生了一些与国家相抗衡的机构，而且它们还具有了许多从前专属公共机构的属性。因而，毫无疑问，早期的国家与社会区别的种种特点一直就更像是一种幻想而不是现实了。不过，在此，人们必须出言谨慎。人们对自己社会状况的认识，说到底，是他们社会状况的一个内在组成部分；的确，人们确立了社会状况的特殊社会意义。因此，组织形式上侧重点的温和变化，如果同时伴随着人们观念上的变化，可就非同寻常了。正如前面所述的福利国家的发展一样，合作主义的发展似乎也例证了上述原则。

合作主义对法律最明显的影响就在于，它有助于一套打破了传统公法与私法界线的规则之形成。因此，行政的、法人的及劳动的法规渐渐地融入了社会法的主体之中，该领域更适用于公——私组织的结构，而不是单纯的官方行为或私人交易[42]。虽然，这一发展破坏了公法与私法的传统区别，但它并没有必然地破坏更为广泛的一种区别，即国家法与内部的、由私人确定的私人组织规则的区别。实际上，就私法也由国家制定这一点而言，在更全面的意义上讲，私法也具有公共性质。

合作主义的最深刻，最难于理解的冲击在于它对国家法律与非国家机构自发形成的规范性秩序之间区别的影响。由于私人组织的官僚化是在迎合非人格化权力的潮流，而潮流也把政府吸引到法治原则上来，因而，这些组织也开始获得了国家的属性，遇到了国家所遇到的问题。同时，日益明显的是，这些组织

---

[42] See Georges Gurvitch, *L'Idée du Droit Social* (Paris, Sirey, 1932), pp. 15—46; and Philip Selznick, *Law, Society, and Industrial Justice* (New York, Russell Sage, 1969), pp. 244—250.

以准公共方式所行使的、影响其内部成员生活的权力使人们更难保持国家行为与私人行为之间的区别。最后，社会法制度就既包括私人的自发形成的规则或实践；这两个部分越来越不能分离开来。所有这些趋向于摧毁法律的公共性的运动推动了一种历史性的进程，它开始于自由主义社会不能遵守其把一切重要权力都集中于政府的诺言。 202

大规模的法人组织官僚化的趋势，以及它制定了一套具有国家法律属性的规则这种趋势当然不应混同于一种日益增加的国家制定的公司规则。不过，相反的情况也许倒是更为真实：法人机构的官僚化可能会伴随着它们的成为对政府机构具有决定性影响的相对独立的权力中心的能力。

合作主义趋向还经常伴随着这样的要求：把公共或私人组织改变为民主团体。不过，这些要求与其说是现实的制度不如说是意识形态的口号。然而，正如法治理想根植于自由主义社会的本质一样，这些要求也深深扎根于后自由主义秩序的结构之中。

有时，对社群主义的呼唤还是激烈抨击公司化组织的一个组成部分。有时，社群主义者还把自己的呼唤隐蔽在参与政治模式的革新派主张后面。不管他们的直接起因和目的是什么，他们都暴露了对等级制度本质的不满，以及对自由主义社会中个人存在的忧虑。他们都试图说明，当法治不能解决问题时，如何对付未经证明的权力的根本经验及任意性的共识。它们都在一个共同体的观念中寻找合法性理想的一种代替物，这种共同体是由共同的经验及能够发展出可以自我修改的习惯和相互作用的原则结合在一起的。左派和右派在解释社群主义纲领时那种深刻的、不可调和的区别只涉及到程度问题，即把共同体看作是来自于保护和加强还是来自于破坏自由主义社会的等级制 203

度。

无论是保守派还是革命派在追求社会共同体时都有一个内在要素，即避免使用强加的规则来操纵社会生活，并且尊重每一个社会群体的自发形成的内部习惯。这种渴望已经由社会思想和法理学中的思潮先行引出了，这些思潮强调组织内部的活的或内部的法律，而不是国家制定规范[43]。

到目前为止，最后仍尚未解决的就剩下法律自身的实在性这一问题了。是否把侧重点放在国家制定的明确表述的规则上以对抗内在的，不言而喻的习惯呢？更重要的是，在这两种法律类型冲突的背后则是更为广泛的社会生活形态的对立。在另一种社会形态中，秩序只是人们相互交往而产生的自发的副产品；在另一种社会形态中，秩序代表了由外面或上面强加的权威。

形式、公平和协作

作为形式的合法性　在现代西方法治的历史上，有一个压倒一切并包容一切的问题，即法律中的形式问题[44]。一眼看去，认识这个问题就要认识法律秩序不同属性之间的关系，它们受到我所说明的历史运动威胁的意义，伴随这些运动的破坏所产生的机遇和危险等等。因此，我对形式的讨论将允许我概括到目前为止所做的分析，并使之更为全面。

在最广泛的意义上而言，形式仅仅意味着一种法律制度的特殊的标记：追求一种具有普遍性、自治性、公共性和实在性的法律。形式的观念强调并鼓励人们去寻求法律控制之下的政府的更深层动机。形式的观念认为，作为普遍性、自治性、公共性

---

[43] See Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Munich, Duncker, 1913), p. 399.

[44] See Duncan Kennedy, "Legal Formality", *Journal of Legal Studies* (1973), vol. Ⅱ, pp. 351—398.本节的许多想法最初来自与邓·肯尼迪的谈话。

和实在性规则体系的法律的核心，即使不能充分决定，也可以限定官员和私人可以做些什么。标准被看作是形式体系上的毒瘤；作为一种具有更高程度普遍性的规则，原则有更不确定的使用范围，并在些范围内具有不同层次的强制力。

说一种规则体系是形式的，就是指，该体系允许它的官方的或非官方的解释者仅仅根据规则本身、以及是否具备规则所要求的有关事实而论证自己的决定，根本不用考虑公平和效益的问题。这种定义颇有些同义反复的味道，不过，它倒是说明了遵守规则是什么意思。一切问题都依赖于究竟把值得考虑的，内在于这种体系的，影响判决的要素与无关因素的区别划在哪里。不过，这种重新陈述的合法性观念却把人们的注意力引到这样一个事实上：这样一种规则体系的真正本质依赖于区分如下情况的可能性，即如果没有可以适用的规则，什么是特定案例中的最好判决；以及如果规则存在而他又发誓适用这些规则时，一个人应该如何行事。

而在一种较为狭隘的意义上而言，形式是指一种愿望，它允许由是否具备外部庄严的形式，如火漆封印来决定有关各方的权利和义务。然而，作为规则的形式和作为仪式的形式都可以使它确定权利和义务而不用评估特定结果的善恶，为价值主观性问题寻找法律解毒剂的目的把这两种意义的形式统一起来。 205

从一开始就需要某些谨慎。首先，形式总是个程度问题：法律从来不是纯粹形式的，但是，形式永远也不会消失。其次，形式问题不得不对付法律理论和司法判决被公开赋予的论证模式，而不是实际的原因和动机。的确，法律推理的一种风格愈是形式化，它就愈容易以律师们装作不考虑的利益的名义加以操纵。然而，对于一个认为通过研究人们实际上做什么与他们主张做或说应当做什么之间的关系就可以说明一个社会的最基本

特点的人来说，这些论证方法会成为他关注的问题。

检验现代法律史中形式问题的作用的一种方式就是看看，形式如何对立于平等和协作这一对孪生兄弟。因为，构成后自由主义社会法律发展特色的趋向可以被看作是导向这些理想的一个可能运动的若干方面。

形式与公平 相对于根据规则证明合理的另一极是公平，即特定情况下直觉的正义。形式主义者认为公平是难以掌握的，因为它不能法典化为一种规则体系；公平是专制的，因为即使所有的道德评判都是广泛共享的，它们毕竟还是主观的。因此，关于公平最有把握的就是，调和形式主义所产生的，依目前的道德观念来看具有难以容忍的严厉性的后果。

公平愈是屈从于规则的逻辑，官方法律与老百姓的正义感之间的差距也就愈大。从而，在老百姓的眼中，法律就会渐渐地失去自身的可理解性和合法性。他们认为，法律或是权贵们运用的魔术箱，或是随意地落在正人君子和邪恶小人身上的一系列劈雷而已。

为了理解为什么形式与公平的冲突不可避免这个问题，我们必须谈到公平的同胞兄弟、协作。

形式与协作 它通过争议产生之前就已经存在的规则而表现自己，不同于抵制形成明确结果的论证程序。这些程序主要关心于重新调和各方的利益，或者，在解决争议时，捍卫、协调和发展被更为广泛的社群所珍视的伦理观念，而法官和诉讼当事人就属于这类社会共同体。因为，共同体的这种道德感似乎超越了试图表现或包装它的任何规则体系或原则。

那么，我们似乎没有能力设计出一套命令使之充分反映我们道德观念的微妙与丰富又当如何解释呢？很显然，我们道德信念的复杂性本身不是也不属于一种充分的解释；所有的规则

实际上都是相互冲突的期待与利益的一种混合物的产物。真正的原因在于协作观念在道德生活中所发挥的核心作用，以及不可能根据建立在尊重平等和价值变迁基础上的权利制度解决协作问题[45]。

协作的核心是个责任感问题，是对那些其生活以某些方式影响到我们自己的人的责任以及我们对或多或少地愿意与之共命运的人的责任。协作是具有社会面孔的爱，这是把他人当作人来关心，不是仅仅把他当作形式上平等的权利和义务的承担者给予尊重或是欣赏他的天赋、成就。

对人的尊重来自于人们因平等的尊严而具有的共同性，它把个人的特色抛在一旁。钦佩意味着承认另一个人的技巧或者成就。爱则与尊重不同，因为，它珍视被爱者体现在独特个性形成中的人性；同时，爱又与欣赏不同，因为它强调整体的人性而不是人性的某一方面，它超越了简单的表扬或责备和局限。爱既不是一个行为，也不是动机，而是自我的一种天赋，是对另一个人的开放，当然，由于外界的原因，爱也许最终不能转化为行为，也许存在于施爱者所不能克服的敌意动机密布的环境中。协作与爱实际是同一类东西，它只是力图超越亲密朋友小圈子的爱。当我们不能充分取得爱所要求的交往与知识时，我们却可以承认另一个人的作为人的价值，只要我们可以分担他所面对的窘境。

至于为什么没有规则体系或原则可以公平对待协作感，这里有一个简单的理由。一种法律秩序可以授予权利和义务，它愈是注重形式，它就愈把每一项权利当作掌权者自由裁量权中

---

[45] See Emile Durkheim, *Leçons de Sociologie. Physique des Moeurs et du Droit* (Paris, Presses Universitaires, 1950), pp. 257—259.

的权力的行使。一个个人的权利和义务，无论是来自合同的规定还是由法律直接强制规定，变成了个人客观存在的要素。就其限定了个人奋斗的范围而言，他们与自然力类似。

但是，协作意味着个人不把权利看作是理所当然的。根据协作感情行事的掌权者总会扪心自问，他在特定情况下行使的权力会不会与分担他正在与之打交道的人们的负担这一目标一致。对于这个问题，从来也没有一个事先准备好了的一般性答案。一切都将依赖于如下问题，即他人在特定关系中错误行为的程度及其他承担来自权力行使的损失的能力。这些都不是可以作为规则基础的因素；相反，它们是一些与决定有关的因素，这些决定将影响到一个人如何使用现存规则分配给他的权利。

例如，在情况变化和出现不可预见因素时的合同责任问题。在哪一点上，一份执行中的合同所卖商品的市场价值的变化是如此巨大，以至于强制执行改合同将严重侵犯各方彼此之间的协作义务，以及法官对与合同有关各方的协作义务？依据协作精神而行事的合同当事人或法官不会满足于追究某一方的目的以便分配风险，即使目的本身没有疑义。他还想要了解，对于那些能使合同关系解体的事件，是否一方比另一方更值得责备，以及任何既定的风险分配方案会如何影响合同的各方？他将不承认如下的说法，即实施支配交换的规则独立于伦理过失的概念或者独立于分配正义的目标。

通过讨论形式与人们认识个人利益和集体利益的相互作用这个问题的关系，可以澄清协作性与形式之间的对立。一种法律体系越是形式化，它就越是被迫在激进的个人主义与同样寡廉鲜耻的集体主义之间犹豫不决，实际上，这两种极端立场互为对方的必然结论。只要个人在法律上规定是他自由裁决权限内谨慎行事，并以法律的仪式包装他的行为，他就可以无情地追求

自己的个人利益，而不管这些行为会如何破坏别人的利益。但是，只要他一旦超出了这个权限或不能通过必要的庄严进行他的活动，那么，不管他的情况对于伦理意识具有什么样的感召力，他都将不能要求法律的保护。人们将要给他的回答就是，一旦允许他进行业已存在的规则体系并未授权的某种行为，势必会侵害在安全和自由方面的集体利益。

形式的个人主义方面和集体主义方面都不能满足协作的要求。因为，协作的理想暗示，一个人从来不能在不考虑其行为可能会对他人造成的影响的前提下，利用法律权利追求个人自己的目的。而且这种理想认为，压倒一切的集体利益就是维持一种社会关系体系中的利益，在这种体系中，人们的行为受到约束，即使不是同情地，他们至少应当仿佛曾经相互同情似的行为。因此，任何人都没有权利仅仅因为合法性需要某人牺牲就为了社会利益而牺牲个人。

目的和标准 作为一种形式规则体系的法律秩序遇到了两个支配着现代法律思想的根本问题。第一，就是力图逃避盲目的形式主义与任意的、专制的公平所构造的困境的斗争；第二，就是通过拒绝极端个人主义和极端集体主义以及为协作的价值在法律中提供更广泛的活动空间而在合法性与道德性之间实现和平的努力。前面所描述的，法治在当代社会中受到侵蚀的种种迹象必须放在上述问题的结构中加以理解。但是，现在我们可以使自己对这些迹象的认识更为全面。

现代法学家们对于形式与公平问题的典型回答就是采用目的导向的法律推理。人们把法律看作是一种由可以理解的规则所组成的体系，它们的意义由法律适用者必须归属于规则的那些有益的目的而加以控制，因为，立法者的目的可能是也应当是有待发掘的。借此，人们希望可以调和形式与公平之间的紧张

关系，并且避免在绝大多数案件判决中出现令人不快的结果。

然而，结果却是，正如我前面所说的，产生了这样一种法律推理模式，它在逐步蚕食掉普遍性和自治性的同时，并没有必然增强人们的自信，即他们正在实现正义。因而，可以说，人们所尝试的，在形式主义与公平之间实现妥协，从根本上讲，既是不能令人满意的，也是不稳定的；它并没有解决存在于形式主义与公平困境本质中的价值主观性问题，它同时也无助于改造这样一种支配环境，在其中，个人被逐步剥夺了对自己道德判断的足够自信。因而，现代的法学家们借以证明自己对法律所做的精巧解释合理性的那些政策不是被抽象到毫无内容的地步，既是表现为一种操纵一切规则，以便促进某些特殊利益集团的任意性偏向。

合法性与协作性之间的冲突所引发的主要反应就是，人们日益愿意把某些道德概念视为法律的一个组成部分，而这些概念似乎不能以与普遍性和自治性理想保持一致的方式得到发展和适用。因为，它们既不能被还原为法律规则又不能与道德义务的观点彼此分离。

私法中的一个例子就是诚信观念与和它有关的大陆法理学中的滥用权利的观念[46]。按照诚信原则行事就是根据协作精神而行使一个人形式上的权利。诚信标准要求人们应在每一种具体情况中找到两个相互对立原则的中间地带。一个原则主张一个人在行使自己的权利时可以无视其他人的利益，而相反的原则是一个人必须正确对待他人的利益，仿佛它们就是自己的利

[46] See Raymond Saleilles, *De la Déclaration de la Volonté Contribution à l'Étude de l'Acte Juridique dans le Code Civil Allemand* (Art. 116 à 144) (Paris, Libraire Générale, 1929), pp. 299—301; and Georges Riper, *La Règle Morale dans les Obligation Civiles* (Paris, Libraire Générale, 1927), pp. 162—188.

益。

可以说，这就是处理形式两个基本问题的方法，这两个问题绝非现代法律的独有，它们代表了法律思想史中的持续性传统。在一个强调公平和协作的时代之后，往往伴随着一个注重形式性的时代。实际上，在人们看到了进步线索的地方，常常只是一些潮兴潮落的现象，不过是从轻微变化的方向往后的回落。不过，在法律思想和任何既定的政治发展潮流中，上述这些变化趋势之间似乎并无必然的关系。

211

公平、协作及统治：实质性正义的作用 为了说明这些问题，人们有必要考虑现代法律中的公平、协作与统治问题的关系。在出现于资本主义晚期的福利——合作国家中，法律理论大量培育了纠正最明显的权力不平等的尝试。许多理论都表现了我前面提到的一种程序正义的理想：虽然它们克制自己不提出如下要求，即私人交易和政府分配社会利益产生了事先确定的结果，但是，它们不再坚持私人的交易及政治斗争的结果只是由定义所决定的这一假定了。相反，它们试图加强某些集团的利益或消弱某些集团的利益[47]。与检验私法是否强调订约双方具有平等的能力比肩而立的，则是行政法和公司法中利益代理人的观念，以及劳动法中保护工会谈判地位的信念。

下面四个命题将说明以公平和协作为一方，和以统治为一方的相互作用。

第一、公平与协作的问题较立于统治具有更普遍的意义。达到某一点，一个人就可以依据公平和协作精神行事而不管他的地位是否较他人更为优越。培养了系统的权力不平等现象的

---

[47] See Robert Hale, "Bargaining, Duress, and Economic Liberty," *Columbia Law Review* (1943), vol. XLIII, pp. 626—628.

一种法律秩序，正如形式性倾向所必然导致的，可以受到公平的、公有的理论的调合。即使这类不平等被消除了，这些理论仍然可以保持它的权威和意义。

第二、这倒也是真的，就权力未经证明这一基本问题仍未解决这一点来说，在实践中贯彻公平和协作的尝试往往颇为混乱，甚至是自我损害的。由于依附在自由主义社会和后自由主义社会中道德判断上的同一些任意性也必然会影响到公平及协作概念，上述尝试也会因此而面目难辨。另外，追求这些概念的实现而不同时自发地解决权利和财富的基本分配格局往往导致，授予现实统治秩序以少许合法性及稳定性又不改变那个使公平和协作很难开花结果的客观统治环境。

第三、程序正义所代表的形式正义与实质正义的妥协既特别不利于捍卫公平的、集体的理想也特别不利于消弱统治秩序。通过为法律秩序增加某些新的支配市场和政治中订约单位及相互作用的条款，程序正义的那些技巧不过在另一个层次上再生产了形式性而已。这些依据规范授与个人及集团的权利本身必须受到公平及团结的制约。更严重的是，生活经验使人们逐步打破了关于利益代理人能力及有关订约双方权力的规定能够有效地改革社会结构的幻想。

我的第四个命题就是在法律中，公平与协作得以发展的关键性因素是实际破坏依附与统治的关系。对这一政治斗争，审判中所发展起来及适用的技术性法律理论起了一种虽然是次要的但却必不可少的作用。在私法中，实质性的正义全神贯注所处理的问题就是详细说明如下的标准，它们不仅决定着通过合同而履行的等价物之间的交换，而且，在比较双方各自过失及相对需求的基础上，分配产生于双方争执中的损失。而在公法中，实质的正义可以通过实质性的平等保护理论而发挥作用，它确

定了道德上所要求或可以证明为合理的区别对待。

这些理论代表了对协作观念的解释，同时，它们也从根本上批评了统治问题：它们拒绝默认主观性价值的不可避免性，坚持对社会关系做出道德评价，它们还坚持对统治他人的权力作出道德评价。 213

然而，这并不意味着断言，实质性的正义应当继续发展，福利——合作国家中的政治将在事实上改变分配权力，财富和知识的基本方式。在许多国家中，实质性正义的法律理论在一种政治上不友好的气氛中仍旧受到孤立，结果，尽管对于合法化现存秩序有至关重要的作用，它们从来没有强大到足以改变现存秩序的程度。

循环还是进步　我们现在有办法回答我的问题了，即对公平和协作日益扩大的兴趣究竟是一个循环进程中最近的动向，还是相反，是一个进步性发展中的新阶段，虽然这一发展步履蹒跚、颇为曲折。如果说有什么东西能够区别当代在公平和协作方面的实践与法律史早期的类似实践的话，那就是现代的这种实践与以实质性正义的名义批判统治秩序(结构)之间的紧密联系。只有在这个意义上，批判才会发生并取得成功，人们才敢于希望公平和协作将成为规范性秩序的主要渊源而不仅仅是对形式性的残缺不全的限制。

颠倒人身依附的关系有助于把公平和公有理想从现实秩序的辩护人地位中解救出来。它也创造了一种环境，在其中人们可以对公平及协作的命令作出道德评价，而不必产生因环境与道德判断不符而对道德判断加以怀疑。从这个意义上说，当代法律中趋向于公平和协作的这一运动究竟是循环往复还是真正新型的突破，与其说这是一个关于过去的历史问题，不如说是事关未来的一个政治问题。现代法律中这两种彼此矛盾的倾向 214

究竟是哪一种会成为未来的趋向则依赖于它们与实质性正义理论发展的联系，依赖于实际上破坏个人依附的社会机制的程度。

我们可以更加明确认识到，在这些发展中，法律的原有特色，如实在性、公共性、普遍性和自治性陷入危机的意义。人们愈是把公平和协作看作是法律的渊源和理想，人们愈是不可能区分国法与道德责任或礼仪的观念，它们存在于不同的产生争执的社会结构中。与此同时，实在性规则在法律中愈来愈不重要了。

自由、超越及伪善　鼓舞并指导着后自由主义社会法律每一方面的那种幸运的力量究竟来自何处？如果我前面有关社会变化的假定是正确的，那就可以说，一个决定性的因素就是人们对自己的理想与日常生活经验之间的冲突的认识，这种冲突在自由主义社会中被推进到了极端的程度。据我看来一方面，协作观念、公平观念也好，另一方面，追寻实质性正义也好，都试图软化形式、公平和协作或摆脱这种冲突。

一旦我们在心中了解了运动的这一最终源泉，我们现在在法律和社会中所面临的许多危险就好理解了。不过，问题在于，追求非实在性的法律会失去它的原初动力，并且导致，在压制其它社会集团或统治集团中异端分子的前提下，使某些统治集团的实践合理化。无论道德观念如何被广泛拥有，它总可能模糊 215 依附与统治的新形式，并且把人类发展中的一个阶段误认为是人性能够达到的全部。

在更普遍的层次上而言，人们必须提防某种历史性的熵：在某种程度上人们将会日益丧失对实在与应在之间差距的认识，人们超越自身的能力及改变自身的能力也将日渐消弱。如此说来，政治的核心问题也就成为了在不损害使人类得以启蒙、崇高

的自我超越能力的情况下，追求公平和协作这些目标。

这种能力的代价就是因伪善而陷入深深的痛苦。虽然法律可以精心设计以教导人们保持同情心，然而，在短期内来看，它可以被希望的只是迫使人们，在或广或狭的范围内，好像具有同情心似的行为。这难道不是在贬低人们的道德观，并把人们当作强制和表演的对象吗？而且，这种政策的后果不是创造了一个尚未存在，而且也许永远不会存在的社会的童话吗？实际上，心灵的现实永远继续嘲弄着我们自己的矫饰性的公开的形象，而且，公共领域无时无刻不处于危险的边缘，它会成为它试图克服的邪恶动力的牺牲品。

因此，人们可能会偏爱协作观念传播中所提倡的说服和示范的方式而不是法律。不过，对此则有两种决定性的反对意见。第一，这里存在着一个自由骑士的老问题：协作的义务愈广泛，那么，骗子通过只接受别人的帮助而不帮助别人所获得一定就愈多。

使这些义务法律化还有第二个也许是更深刻的理由。由于现代社会中，宗教和道德意识中的大部分往往被认为是个人意识的特权，而法律则是集体性秩序。在法律中体现行为标准就是承认它对日常生活及作为一个整体的社会具有权威性。 216

不过，话又说回来，如果法律中所承认的道德戒律被确立得与日常行为的动机和模式相距太远，那么，它们不是令人窒息就是空想的东西。当然，除非人们把理想与现实的冲突作为公共生活领域自身中能做与应做的冲突而不是作为私人期望与公共规则的冲突保留下来，否则，社会中道德发展的前提条件就会消失。由于超越性因素的保佑与伪善诅咒并行发展，社会本身就

像一个扮演内心充满矛盾的角色的演员一样[48]。

从合法性的后退：再谈德国问题

此前，我一直致力于尽可能抽象和普遍地讨论我对后自由主义社会中法律的研究。现在，我调转方向，尝试做些详细说明和精制化的工作。为此，我将把自己对德国法制史有关趋势的概括延伸到第一次世界大战结束到纳粹执掌权力这一时期。魏玛共和国为人们提供了一个例子，它把上述问题放在一个浓缩的背景中，从中可以检验合法性衰落的许多方面。另外，关于法治及其解体的某些最精彩的论述是在德国史的这一时期写成的。最后，选择德国为例有助于说明我所描述的发展中的某些内在危险[49]。

在魏玛时期，大量的普遍性条款突然占据了主导地位。其中最极端的例子早已为人们所指出：诚信条款的扩大适用。与此同时，还可以找到另外许多类似的例子，如民法典第138条和第826条的"良好道德"概念。不过，多数这类条款是在国社党政权下制定的，那时的经济立法中还包括了一些无固定内容的政策性指令。批评这种倾向的人们早就指出它对法律的普遍性和自治性理想的破坏性影响，他们争辩说，由于法院被迫提供高度具体化的判决，从而会消弱法律秩序，它会导致法律规则适用范围的不确定，并因此破坏个人权利的实质，最终，它会为以公

217

---

[48] 我的观点的一个结论就是不应在道德义务与道德理想之间划分稳定的或明确的界线。见 Henri Bergson, *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*, *Oeuvres*. ed. A. Robinet (Paris, Presses Universitaires, 1970), pp. 1024—1029; and Lon Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, Yale, 1971), pp. 3—32。

[49] 我的论述在很大程度上依赖 Friedrich Dessauer 的 *Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie. Eine Studie über den Einfluss von Machtverschiebungen auf die Gestaltung des Privatrechts* (Mannheim, Bensheimer, 1928) 一书。

平名义出现的拜占庭式的司法反复无常的实践铺平道路[50]。

与日益增加地使用无固定内容的标准相结合，司法机关日趋转向目的导向的法律推理模式、并关注实质性的正义，这种转向所采取的形式是以明确规定的社会利益为名行使司法的自由裁决权。这一发展进程中的一个因素就是，司法机构逐步承认了由“自由法律运动”及“利益法学”的理论家们所提倡的方法和观点。

这一趋势的另一方面就是那一著名的原则，它最初产生于行政性的税法法院的判例之中，即程序性的规则应当根据它们对某一特定案例的适宜性而加以适用。1924年的程序法改革使法官在塑造程序方面可以发挥更大的作用，而且极大地扩大了所谓自愿管辖的诉讼的范围，这一扩充取消了对法官的许多限制[51]。

以政策本位的法律推理和实质性正义为名的审判中的自由裁决的发展还有另一个方面，那就是司法审查的扩展。作为它们在法治国中的地位的要素，过去法院长期以来一直就有保证邦法与联邦法、行政规则与法律一致的职能。现在，法院瓦解了 218 这些法律之间的界线，并大胆承担了审查一切法律效力的权力。

[50] 关于纳粹政权日益依赖于普遍性条款，见 Justus Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat* (Tübingen, Mtoh, 1933). See Roland Freisler, *Willensstrafrecht. Versuch und Vollendung* in *Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner* Teil, ed. Franz Gürtner (Berlin, Vahlen, 1934), pp. 3—36; and *Reichs-Strafgesetzbuch nach dem neuesten stand der Gesetzgebung* (Leipziger Kommentar), ed. Johannes Nagler et al. (Berlin, Gruyter, 1944), vol. I, p. 99. 关于法律普遍性及独立性的衰落，见 Rudolf Echterhölter, *Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat* (Stuttgart, Deutsche, 1970), pp. 227—239。

[51] See Friedrich Dessauer, *Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie*, pp. 38—40

那些用来确定受到禁止的立法的标准得到了特别广泛的解释：例如不足以充分达到目的的法律或在偏向某一特殊利益使之超过普遍利益意义上说是任意性的法律；侵犯"善良道德"的法律；没收财产的法律。

这些发展的直接后果是把法院轻率地拖进引人注目的特殊的利益平衡活动之中，拖去提供一些完全避开了特定法律理论限制的一般性政策评判。现在，法官日益增加地被要求确认在相互对立的价值之中孰优孰劣，评价私人交易、行政命令甚至法律对全国经济的影响。法官的目的通常是彼此冲突的。更严重的是，他们动摇了传统的法律普遍性和自治性概念。

造成对法律秩序这种冲击的事件是，尽管强烈程度有别，在所有平民民主政治和福利国家中的起作用的力量之极端观点，一个倾向是在许多基本法律领域中，立法活动逐渐缩小并且几乎已经瘫痪。实际上，在第一帝国时立法活动已经相当有节制了。一直引人注意的是，帝国国会所代表的利益集团其内部构成是如此参差不齐以至于在私法的许多问题上不能采取前后一致的立场。他们之间的团结，如果能够达成，也是围绕着国家组织问题而形成的。可是，即使在这些问题上，立法机关也证明不能形成或强加一种国家行为的纲领。

议会后退所留下的阵地则为行政和司法机关占领了。议会的这两个老对手又活跃起来。行政官僚机构致力于创造自己的规范性法律，这种法律是由法院所不能控制的机构塑造和适用[52]。由于处于领导地位的资产者们不再对共和国持有他们曾经对帝国持有的那种坚定信念，因此，司法机关获得了新的重要

[52] See Adolph Lobe, "Der Untergang des Rechtsstaates," *Deutsche Juristen-Zeitung* (1925), vol. XXX, pp. 15—22.

性。像小资产阶级一样,他们则希望法院"公平地"保护他们的某些利益。但像行政官僚们一样,他们力图增加他们自己超国家的法律。该法的执行则由他们自己的仲裁法庭加以监督。这种尝试将把我们引导到后一章的问题上去。 219

伴随着破坏了法律秩序的这些福利国家倾向,人们还可以在魏玛共和国中认出合作主义的运动,该运动威胁着法律自身的公共性和实在性。卡特尔和同业联盟则继续创造着它们自己内部的法律。法人团体的法律,无论在渊源上还是实践上都独立于行政的和司法的官僚制度。这导致了人们一直说的法律的一种"分解"[63]。

这里也存在沉重意识形态压力,它们反对一种关于内在的、习惯的社团法的最终理想而赞成所有的制定法,无论它们是行政官员的规则性法律还是法官的法律体系。左翼的社会主义者和共产主义者致力于最终用自我调节的社会取代实在法和中央集权的国家。保守派和纳粹分子则提出了一个有机体式的、总体主义的重组社会的纲领。围绕在天主教周围的许多人则在原则上相信教会通过职业行会解决社会问题的目标及诉诸中世纪灵感的目标,后者被描述在广泛传颂的教会的《四十年》通谕之中。这些政治理论的法理学对应物就是对不同于律师和官僚的实在法的、内在于社会关系的"活的法律"的强烈爱好。 220

这一简单的素描指出了,当共和政体的衙人表演例证了本文早些时候提出的关于后自由主义社会法律的观点时,福利和合作主义的政治对德国法律影响的某些方式。魏玛共和国最终的结局千万不要模糊这一事实,即根本相似的进程在现代其他

[63] See Friedrich Dessauer, *Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie*, p. 92.

工业社会中继续运行。

德国问题也会有助于指出法律秩序衰落中所包括的对自由的巨大危险，以及当批评性理解以自治社会理想的名义对实在法观念进行批评时所带来的高度风险。在纳粹政权下，魏玛共和国的许多趋势仍在一种令人难忍的程度上重复着。法律秩序的撤退和消弱却继之以恐怖的扩充。合作主义工会的意识形态竟然成了不受限制的官僚独裁的前奏。自发的通俗的权利感观念被用来强加和表现对已经确立的秩序的崇拜[68]。

超越自由主义社会

我汇总在福利国家和合作主义趋向标题下那些众所周知的变化所作的分析提供了一种理解后自由主义社会法律史的结构。这一结构的福利国家方面说明了作为至关重要理想的普遍性和自治性的逐步消失。因而，与现代欧洲历史罕见地结合在一起的整个合法性概念受到了震动，这也许是致命性的伤害。

合作主义的发展还有更广泛的含义。这些趋势始自机构上和意识形态上的剥夺了法律的大部分与众不同的公共性的变化，在这些变化之后，它们还引起了一场为一个不再危及法律的实在性的社会而出现的斗争。因此，如果说后自由主义社会的福利国家特点冲击了法律秩序这种独一无二的历史现象，那么，合作主义和公有公社的冲动似乎打击了官僚法的更为普遍的存在。

这些事件提出了返回到几乎排它性的习惯至尊吗？它们指出了达到一种新型规范性秩序的方式了吗？它们是否在自由主义珍视的自由理想和批判地区分实在与应在的能力之间实现了

221

[68] See Franz Neumann, "Dex Funktionswandel des Gesetzes im Recht der burgerlichen Gesellschaft," *Zeitschrift für Sozialforschung* (1937), vol. VI, pp. 585—587.

不可变更的妥协呢？它们把这些理想容纳进了一种更为广泛的观点了吗？这种观点也体现了社会的要求以及渗透在社会和整个世界中的自然秩序的要求。在我们能够充分地应付这些问题之前，我们必须运用从法律的改造中所了解的知识来加深我们对后自由主义社会状况的认识。

如果前面的讨论主要集中在社会组织和意识的变化对法律的影响方面，现在，我把主题反过来并指出，在秩序和信念基本模式的修正方面，这些法律事件告诉了我们什么。展现在法律发展中的福利、合作主义及公有公社的趋向结合在一起修改了自由主义社会的每一个根本因素。

像社会根据一种合作主义的模式得到改造一样，它接受了一种公有公社理想的有效性。个人生活于其中的重要集团的数量减少了但其重要性却日益增加。这不仅涉及到个人贡献给他是其中一员的集团的时间或事实上每一个集团对他的生活发挥的影响之范围，它也不得不涉及到个人能够同意集体惯例合法性而不把它们看作是统治集团工具的程度。在这个意义上，批评等级制度就是重要集团的特点得到改造这同一个进程的要素。

由于相似的原因和以相似的方式，利益联盟失去了它作为社会秩序主要机制的地位。支撑法治的经验就是个人意志的一种对立。只有两种基本方式安排他们彼此的关系，它们是个人的附属和非人格化的法律。这种抉择的基础是如下事实：即除了对个人或集团的任意偏向之外，找不到正确的标准。每一种共识都导致掩饰另一些人对某些人的人身控制。但是这种抉择提供的比它能够给予的更多些；归根结底，法治不能彻底消除日常生活中的不合理的依附性。 222

就等级制度受到改造和在后自由主义社会中得到发展的社

会条件的范围内而言，这样的机会增加了，即不受规则支配的个人关系可能不是附属性的了。利益联盟至少可以部分地被作为社会秩序生成原则的共同目的取而代之。普遍的、自治的、公共的和实在的法律之解体伴随并揭示了这种变质。

也许，最不可思议的变化，尽管其意义也最丰富，就是重新确定理想和实践的关系。通过与更为广义的社会相对立，自由主义社会的高度文明才得以确定自身，它的正式的法律明显不同于私人组织的含蓄的惯例，它的道德理想脱离了实际的行为规则。而且，所有这一"实在"与"应在"的对立都建立在现存社会生活形式的根本的不合法性和任意性之上。

通过主要针对着自由主义社会中这种对立的社会经验之改造，理想与现实的重新接近才有了可能。这种友好关系的特殊法律形式就是实在法的倾覆，而它曾经在人们事实上作什么与他们应当作什么之间划分了严格的界限。而且，这一发展的最终道德倾向是消弱，或说甚至否定以私人的道德理想为一方和以公共世界的客观结构为另一方的矛盾。 223

现代性的不同形态

现代社会比较

人们需要一种用于比较的高视点以便从中获得对后自由主义社会发展的认识。只有比较才能允许我们通过区别它的特殊性与它和其他社会形态的共性而掌握这种社会生活形态的整体。当被比较的社会类型可以理解为少数共同主题的不同变型时，比较的方法可能是特别富有成果的。这些社会所面对的类

似的困境揭示了它们生成中的相似性，而且使理解它们各自的特性有了可能。为了运用这种策略研究自由主义和后自由主义社会，我必须把我对现代化观点的批判推进到一个新的水平。

前面已经指出，传统与现代性的对立以及把现代性等同于自由主义可以、也一直是以三种主要方式加以破除的。第一、通过把这种对立当作是一种误认变化的观点为变化的现实的意识形态幻想加以拒斥而在这种对立的基础上批评这种对立。第二，人们能够争辩说，经典的社会理论家发展自己的现代化观点时或公开或默默地关注的社会并不符合当代社会。第三，有这样一个命题，即现代社会类型的繁多使现代主义概念没有用处，因为它或是一个用来把几乎不具有共同性的国家并列在一起的一揽子范畴，或是一个狭隘的、政治上别有用意的把现代性与自由资本主义相等同的观念。

这些对现代化观点的批评中的每一种似乎都包含了真理的一个重要因素。然而，只要推至极端，它们都将导致错误的结论。因此，当前的任务就是区别它们当中可以同意的部分与必须拒斥的部分。通过这种方式，人们就可以促进如下纲领：既修改经典社会理论的传统又得保留它仍然有用的观点。 224

到目前为止，我的论点一直针对着前两个问题，这种论点寻求详细解释现代自由主义社会中意识与秩序的关系，它也指出了社会和它的法律如何演变为一种与经典社会理论家试图理解的社会根本不同的社会生活形式，而且，只有通过解释这种社会生活形式之前的社会形态，它才可以被理解。这里还保留着第三个问题：是什么构成了现代社会的多样性？哪一个东西威胁要毁掉现代性概念本身。

有鉴于此，我的建议是扩大现代性概念使之包括两种非自由主义的社会类型，它们将被称之为传统主义的社会和革命的

社会主义社会。这两种社会类型在它们典型的意识类型，在它们所偏爱的组织模式以及它们法律方面既不同于后自由主义社会也不同于自由主义社会。然而，这两类社会也面对着一些与后自由主义社会类似的严酷的困境和矛盾。比较研究的附注允诺帮助回答我关于福利一合作国家的讨论中所存而未答的问题。

传统主义的社会

从明治维新到现在这一时期的日本也许就是传统主义社会的最典型例子。但是，在最近走上现代化进程的亚洲、非洲和拉丁美洲社会中也可以发现这类传统主义社会的许多因素。真的，甚至像19世纪的德国这样的某些欧洲国家也有这方面的痕迹。

225

传统主义的社会的一个粗略的初步的标志就是，它部分地，也许是过渡性地把西方的工业主义与不同于自由主义或后自由主义社会的观点和制度调和在了一起。有时，这种调和或多或少是当地精英所采取的一种审慎的政策，他们希望在维持社会程序及他们的统治所依赖的观点的同时，通过急剧的经济、技术变革而扩大国家的力量。有时，殖民当局也会促进传统主义，它选择仅仅改造那些对实现帝国目标来说最重要的土著文明的方面。

不过，我们千万不要把传统主义的社会这一概念与伪造的"传统"社会的观念混为一谈，后者只不过把一切不同于欧洲民族国家的社会形态都扔进了一个包内而已，同时，它又只提出了一种方式来处理工业主义、官僚化和国家竞争问题。

可以说，一切传统主义的社会都具有一个双重结构，明显区别为现代因素和非现代因素。所有这类社会当中，传统的制度或多或少都是现代化进程的有效的工具，其影响最终会渗透到

经济和技术领域，并有助于改造文化和社会结构。因此，日本的处罚(batsu)，雇主与雇员(Oyabun-Kobun)的关系增加了组织上的统一和效忠，使他们与组织内部与组织之间的高度竞争保持一致[55]。印度的种姓联盟[56]，非洲的城市联盟[57]，可以利用它的紧密的、封闭式的等级制度，试图在一种不利的环境中使农业社会的某些严密性得以永恒化。拉丁美洲的紧密联系在一起的家族团体，在一个商业上落后的社会中，可以作为发达资本主义的一个代理人而起作用。 226

在传统主义的社会中存在着一种占优势的意识，一种关于自然、社会和个人的形象。尽管这种意识在个人之间、集团之间和国家之间有无数的变型[58]，但是，它却与经济和技术的变革并肩存在下来。这是一种由精英培育的、并在大众中广泛传播的观念。

这种意识的一个因素是，社会被一种应当被了解和保存的自然秩序赋予了光辉。总的说来社会安排的自然性，特别是等级差别的自然性都与社会生活在自然界中占有一个预先注定的位置的认识相联系。这些观点的意义是，社会结构甚至自然现象都具有一种使其超越任意的人类意志之上的神圣性。

传统主义社会中文化的另一个方面是集团优于个人的观念。对个人来说，重要的集团的数目是比较少了，然而，每一

---

[55] See Ezra Vogel, *Japan's New Middle Class* (Berkeley, California, 1971), p. 105.

[56] See Lloyd Rudolph and Susanne Rudolph, *The Modernity of Tradition: Political Development in India* (Chicago, Chicago, 1967), pp. 63—64.

[57] See P. C. Lloyd, *Africa in Social Change* (Penguin, 1974), pp. 193—213.

[58] See Ezra Vogel, *Japan's New Middle Class*, pp. 142—162; Takeo Ishida, *Japanese Society* (New York, Random, 1971), pp. 37—48; and Chie Nakane, *Japanese Society* (Berkeley, California, 1972), pp. 120—130.

个这类集团对他的重要性相应地多了。这种集体主义的倾向性可以与冷酷地敌视陌生人甚至集团内部高度的侵犯行为共存。

占优势的精神的第三个特点是，个人的自我观念几乎完全由其在社会秩序中的地位和工作所界定。几乎没有作为一种超越了特定作用和地位的普遍人性之表现的一种个性。

在传统主义社会的历史上，我一直在描述的这种意识模式日益增加地遇到统治集团和大众的矛盾心理。精英陷入了一种困境，即接受传统主义的观点还是依附到自由资本主义社会的统治文化上，精英们竭力仿效的就是这种社会的成功。就精英们趋向于后者而言，他们把传统主义的观点看作是权力斗争中的工具，但是并不相信它们。通过知识界精英的促进和强有力的作用专门化而摧毁已经确立的身份差别，使工人阶级面对着一种操纵自然和社会安排的经验。这些趋向威胁着传统主义意识的真正基础。因此，统治集团和大众都发现自己处于一种使忠诚分裂的环境中，他们在两种世界的概念之间备受折磨[59]。

这种文化上的精神分裂症还伴随着社会结构和政治组织的一种显著的二重性。起初，这里存在着一个相对紧密和包容性的等级秩序，在其中，每个人占据一处固定的地位。但是，日益增加的是，工业化和官僚化的迫切需要呼唤着切割传统等级联系的标准之高扬。例如，在日本，虽然从明治维新的初期，人们就开始声称重视天才人物，但一直到很晚，知识精英才似乎成了

[59] See Ezra Vogel, *Japan's New Middle Class*, pp. 263—268.

一种强有力的势力[60]。因此,继承身份的等级结构不易与知识精英发挥作用的等级制度结合在一起,虽然它们有所重叠,但它们还有彼此矛盾的地方。作为决定个人社会地位的重要因素,家庭和教育的背景最终取代了等级地位[61]。

国家特点的摇摆不定映射出社会结构中的冲突。国家开始作为最高级的法人组织。而且政府的家长制和合作主义的力量相互补充,结果,在公共机构与私人机构之间不能划出明确的界限[62]。但是,由于等级制度封闭和包容性受到了削弱,政府机构更容易与其它实体区别开来了,而且它成了派别冲突中的一种特殊武器。

在法律上,传统主义社会的二重性采取了两种非常不同的法律生活类型共存的形式。一方面,有一种核心的法律秩序,它由土著社会的精英提出,或由殖民地当局按其外国模式而强加给该社会。这种官方的法律秩序可以作为精英意识形态的表现,作为解决精英内部有限范围的冲突的一种设计,或作为安抚外国列强的一种方式而引入社会。(例如,在日本,输入法典与努力废除领事裁判权密切相关)但是,无论起源于什么,与自由 228

---

[60] See Thomas Smith, "*Merit*" *as Ideology in the Tokugawa Period in Aspects of Social Change in Modern Japan*, ed. R. P. Dore (Princeton, Princeton, 1971), pp. 71—90; and W. G. Beasley, *The Meiji Restoration* (Stanford, Stanford, 1972), pp. 62, 348—349. 传统的社会中,分化原则相互冲突的另一个例子就是当代印度社会中的种姓与阶级的矛盾和冲突的关系,见 G. S. Ghurye, *Caste and Class in India* (Bombay, Popular Book, 1950); and Louis Dumont, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes* (Paris, Gallimard, 1966), pp. 122—128, 305—323.

[61] See R. P. Dore, *Mobility, Equality, and Individuation in Modern Japan in Aspects of Social Change in Modern Japan*, pp. 113—150.

[62] See M. Y. Yoshino, *Japan's Managerial System. Tradition and Innovation* (Cambridge, MIT, 1971), pp. 65—84.

主义社会相比，在传统主义者的社会中，法治对生活的控制更少[63]。

与这种核心的法律秩序并存的，是一种非正式的习惯法体系，它体现了传统主义社会的占优势的意识并支撑着该社会的等级秩序。正如传统的机构被似乎与其不相容的发展所利用一样，核心的法律秩序与非正式的习惯之间经常出现了一种共生的关系。我们回到日本的例子。人们发现官方的法律制度使争诉求助于非官方的调和方式，或依赖于习惯性认识，或通过官方自己的普遍性条款或无固定内容的标准来解决争诉。相反，习惯法受到了核心法律制度的影响，它的非正式的程序通常日益增加地合法化[64]。

比传统主义社会历史中习惯与法律秩序的相互渗透更重要的是，主要规定经济生活的一种不规则的官僚法体系的发展。通常，这种法律被用来制约核心的法律秩序，它被认为是遥远的，僵硬的或说它拥护那些为统治精英所反对的程序、利益和理想。这种新的规则之制定和实施基本上是在法院的权限之外，而且几乎不关心已经确立的法律推理方法。因此，律师的法律和官僚的法律之间的冲突在传统主义社会中比后自由主义社会更加激烈[65]。

229

---

[63] See Takeoyshi Kawashima, *Dispute Resolution in Contemporary Japan in Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society*, ed. Arthur von Mehren (Harvard, Cambridge, 1963), pp. 40—59; and Dan Henderson, *Conciliation and Japanese Law* (Tokyo, Tokyo, 1965), especially vol. II, pp. 207—234.

[64] See Dan Henderson, *Law and Political Modernization in Japan in Political Development in Modern Japan* (Princeton, Princeton, 1968), p. 399.

[65] 关于巴西的例证，见 David Trubek, "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development," *The Yale Law Journal* (1972), vol. LXXXII, pp. 40—42.

因此，一种相似的二元性再次出现于传统主义的社会的文化、组织及法律方面。这种二元性有时彼此加强，有时又互相对立。但是，这种二重性的普遍意义是什么以及对于它要刻画其特点的社会来说，它持有的什么观点是可以商榷的呢？

在某种意义上，使其统一的辩证法就是以经济和技术为一方和以社会结构和文化为另一方的冲突。更准确的公式大概是等级社会的理想，它体现在占统治地位的意识及其与之紧密联系的机构之中，和社会分化的经验之间的矛盾，后者由现代化因素中的生活所培育。

这提出了另一种观察传统主义社会困境的方式。就现代化意味着打破或侵蚀已经确立的社会而言，它鼓舞个人获得一种更大意义的、脱离其所属集团的道德自治，并且获得一种对渗透在这些集团的理想和实践中的不能证明的统治的更深刻的认识。然而，结果是，个人被剥夺了影响其存在的一种稳定的社会背景。从这里又衍生出他对社会两个方面的矛盾心理：他既害怕现存的社会又害怕可能破坏这一社会的进程。他的苦恼只有通过改造社会才能减轻，这一改造应当清除此前决定着社会结构的、社会生活中的、人身依附的等级关系。伴随着这种观点对传统主义的社会精神的重要影响，人们认识到，在认识这种社会形态时，应当避免两种主要的错误。

230

一种错误在于，只从词句上认识传统主义的意识形态，并且，根据这种社会成功地把西方的工业主义与技术与当地的制度、信念结合在一起而假定，这种社会的确完全不同于它的西方自由主义的对应物。这类似于把自由主义与理想中的自由主义等同起来。然而，事实上，我的解释指出，尽管现代性与传统频频相互合作，但是，在社会经济领域中起作用的力量不会仅限于经济领域，它们会溢出来，破坏先前确立的意识与组织形式的基

础。

对传统主义的社会的另一个错误认识在于根本不重视这种社会的意识形态主张。这种观点认为,这种社会仅仅是趋向于自由主义社会或后自由主义社会的一个中转站。无论该社会的统治集团有什么主张,它的经济和技术发展都会按照西方的模式渐渐地重塑社会和文化。这种假设所没有看到的就是,等级社会的理想及伴随这种理想的社会组织形式构成了社会辩证法的一个基本因素。即使它不能原封不动地生存下来,它与现代西方影响之间的相互斗争也会留下自己的烙印。

这种观点的根本错误在于其方法论上的谬误。如果说,前述第一种关于传统主义的解释混淆了传统主义社会的意识形态与现实,那么,第二种解释的错误则在于,它把现实看作是可以脱离意识形态而给予理解的东西。在这两种解释中,该社会最重要的特点,即人们不得不对付的信念与经验的冲突,被忽视了。

如果说,传统主义的社会既不是自由主义的资本主义的中转站又不是资本主义之外的一种可靠的选择,那么,在与西方福利合作国家的关系中它又站在哪里呢?在作出一种回答之前,我不得将通过研究另一种形式的现代社会而完成我的比较。

231

革命的社会主义社会

革命性的社会主义社会最重要的与众不同的属性就是,它试图把工业主义、官僚化及国家力量与实现四海之内皆兄弟或说平均主义社会的理想调和在一起。剥夺"生产方式"仅仅是公有公社纲领的一项考虑或一个迹象,尽管它也许是最基本的一项。我对这种现代社会类型特点的描述主要根据于中华人民共和国,虽然,应当再次说明,这种社会类型的许多因素也出现于其它不少国家。

让我们先从占统治地位的意识模式谈起，它由统治集团逐渐灌输，内含于人们明确表达的理想中，并深入到他们对社会生活不同方面的基本认识之中。

这种认识的第一个方面就是，愿意把社会和自然置于无情的、激进的人为操纵之下。但是，这种愿望却与下述信念结合在一起，即彻底的工具主义有助于促进这种状况的出现，在其中个人意志、社会秩序和自然界之间冲突将会消失，因为无论在社会还是在自然界中，压迫都会被消灭。

这种文化的第二个方面就是，它断言集体义务高于个人利益。但是，这种集体主义意味着帮助带来了这种情况，在其中，由于不能证明的等级制不再能够把参加社会关系的每一个行为改变为牺牲个性，因而个人自治将能够更加安全地兴旺繁荣。　232

最后，占统治地位的精神指示个人完全献身于他在该社会中的作用。但是，它又想像这种信条会有助于逐步克服社会分工。

因此，可以说，革命性的社会主义社会也患有一种虽然不同，但又与构成传统主义精神特色的精神分裂症有关的疾病。但是，它的文化二元主义使用着现代的语言，强调目前与未来的对立[60]。很明显，目前被证明既是实现未来的一种手段，又是一种解放的进程，而解放的特点已经预示了未来的秩序。但是，把目前作为手段的观念，事实上，常常与把它作为一种期望的目标相冲突。为了权宜之计而断然地脱离这种理想可能损坏它们所

---

[60] 人们对过去的占统治地位的意识也有一种颇为矛盾的态度，似乎是既要利用又要克服的东西。参见 Richard Solomon, *Mao's Revolution and the Chinese Political Culture* (California, California, 1972), especially pp. 2—6, 251—255。又见 Lucian Pye, *The Spirit of Chinese Politics: A Psychocultural Study of the Authority Crisis in Political Development* (Cambridge, MIT, 1970), especially pp. 164—196.

追求的目的，但它们也可以是有效行为之一种必然的条件。受到压抑的，对这种两难境地的认识是革命性的社会主义社会自身意识的一个摆脱不了的主要困惑，而且也有助于解释这类社会在马基雅维利主义和乌托邦主义之间的特有的徘徊，在要求默默地服从和倡导造反运动之间的特有的犹豫不决。

革命的社会主义在其组织方面也遇到了类似的问题。要实现它的政治和经济目标似乎就需要一种严格的等级分工，但这种等级制度又威胁着该社会对其意识形态目标的忠诚。

执政党破坏了前社会主义社会中处于中央集权的政府和个人之间的一系列机构，并创造其他的机构取彼而代之。但是，这些新的组织都是国家控制和改造社会的工具。然而，它们又是以一种制度的名义建立的，在其中，国家不仅受到社会的支配，而且会被社会所逐渐破坏。它们怎么可能同时既是自我教育或自我管理的工具又是政府指导或控制的工具呢？革命的社会主义的秩序因此而在广泛参与和中央集权之间动摇不定[67]。

这种社会具有两种法律。既存在一种官僚命令的法律又存在一种自治的自我调节的法律[68]。每一种法律都代表了革命的社会主义意识和组织方面的两个特点中的一个特点。在官僚命令的法律领域内，对法律普遍性和自治性的关注绝对要服从在

233

---

[67] See Franz Schurmann, *Ideology and Organizaition in Communist China* (Berkeley, California, 1968), pp. 85—90; Robert Scalapino, *The Transition in Chinese Party Leadership: A Comparison of the Eighth and Ninth Central Committees in Elites in the People's Republic of China*, ed. R. Scalapino (Seattle, Washington, 1972), especially p. 148; and Stuart Schram, *Introduction: the Cultrual Revolution in Historical Perspective in Authority, Participation and Cultural Change*, ed. S. Schram (Cambridge, Cambridge, 1973), pp. 29—32.

[68] See Jerome Cohen, *The Criminal Process in the People's Republic of China 1949—1963* (Cambridge, Harvard, 1968), pp. 46—53.

特定环境中取得所希望的政治和经济成就的要求。在革命的社会主义社会中，运用无固定内容的标准，求助于工具合理性以及强调实质正义采取了比后自由主义社会更加不妥协的形式。与这种官僚法并立的是一种新出现的社会组织的准习惯性的法律。人民法庭、各式各样的委员会的首要任务就是调和法律的这两个方面，既用官僚的法律教育人民又允许他们开始管理自己[69]。

革命的社会主义社会的根本辩证法可以看作是工业组织和政治集权的迫切需要与允诺自我调整的社会为之间的冲突。换句话说，社会受到当前试验与未来形象这两种力量的牵制。不过，就本文的目的而言，对这种辩证法的最有用的陈述应是强调如下的斗争，即日常生活中个人依附的持续性经验与平均主义社会理想的冲突。就社会必须接受某种与其理想相矛盾的现实，以及必须为了其它目的而牺牲某些公有公社目标这一点而言，它可以仍被当作个人依附的等级关系。不过，除了宣称这些关系有助于实现与其矛盾的理想之外，这些关系并没有获得别的证明。

233

---

[69] See Stanley Lubman, "Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China," *California Law Review* (1967) vol. LV, pp. 1284—1359; Jerome Cohen, *Drafting People's Mediation Rules for China's Cities in Legal Thought in The United States of America under Contemporary Pressures*, ed. J. N. Hazard and W. J. Wagner (Brussels, Bruylant, 1970), pp. 295—328; Harold Berman and James Spindler, "Soviet Comrades' Courts", *Washington Law Review* (1963), vol. XXXVIII, pp. 842—910; P. T. Georges, *The Court in the Tanzania One-Party State in East African Law and Social Change*, ed. G. F. A. Sawyerr (Nairobi, East African, 1967), pp. 26—47; Jesse Berman, "The Cuban Popular Tribunals", *Columbia Law Review* (1969), vol LXIX, pp. 1317—1354; and Neelakandan Tiruchelvam, "The Popular Tribunals of Sri Lanka: A Socio-Legal Inquiry" (on file in the Harvard Law School, 1973).

在前面的论述是正确的这一层次上而言，在理解一个革命234的社会主义社会时就有两种主要的错误方式：它们平行于对自由主义和传统主义社会的那两种错误的解释。一种错误在于混淆了革命的社会主义的现实和它未来要达到的平均主义社会的理想。另一种错误概念则否认了革命的社会主义与后自由主义的国家资本主义和传统主义的社会之间存在着重大的区别。第一种错误把现实还原为意识形态，第二种错误又无视现实与意识形态之间的相互作用。

现代主义的统一性

现代社会的主要形态就是如下三种，即传统主义的、革命社会主义的和后自由主义的，而最后一种形态就是自由主义社会的当代形式。它们在什么意义上彼此相联系呢？它们之间的一致性对各自又有什么影响？

在传统主义的社会中，有一种反复出现的、个人依附于工作场所的经历。由于劳动者被以一种部分不同于早期社会组织形式的方式固定下来，因而，这种依附失去了传统上的支持。然而，社会生活的其它方面继续赋予等级社会理想以活力，后者则把每个人安排在一种自我证明的等级制度中的固定位置中。这种理想与构成日常生活特色的瓦解的、变化的，似乎是任意的依附关系之间的矛盾也许是传统主义社会中独一无二的、最有力量的因素。

类似的矛盾也存在于革命的社会主义社会中。就这种社会趋向于政治上的集权制，明确的社会分工以及角色等级而言，它235实际上也鼓舞了大量新的依附与支配关系的产生。毫无疑问，这些关系将会与它宣称的平均主义社会的理想相冲突。这两个因素的斗争贯穿到信念与组织的每一个层次之内。

现在，我们可以运用新的观点重新审视自由主义及后自由

主义的社会。由于等级秩序日益成为部分的、开放的，因此，剩下的社会利益上的不平等也就越发难以接受。这时就产生了我们前面讨论过的平等与权威的矛盾问题。个人自治性的理想不仅对立于自由主义社会的阶级制度，而且对立于自由主义社会得以从中产生的贵族社会的封闭的、严密的等级制度。

由于这种冲突被设计出来，它的术语也被修正了。在维护个人自由中，政府的非人格化目标，它以法治为代表，有足够的力量通过阶级或人们认为具有合法性的社会角色剥夺现存的等级形式的合理性。但是，这种力量尚来强大到足以摧毁等级制度的程度。同时，通过福利和合作倾向对集团生活的影响，及对理想与现实关系的认识，这些倾向也鼓舞了对社会共同体的一种新的关心。这些趋向的后果就是，后自由主义社会中矛盾和变革的焦点转变为坚持不合法的个人依附关系与追求新的社会共同体的冲突。

在理解这种后自由主义的现象时，人们必须牢记，只有通过以前对一种更为封闭，更为包罗万象的等级制度的破坏，这种现象才能产生。在这个意义上讲，寻找新社会不是个人自治要求的对手而是它的产物。

我们现在可以认识不同的现代社会形式彼此的异同之处了。它们都受到了个人依附的经验与社会共同体理想的辩证法运动的制约。它们都是通过打破从前那种更为封闭和更为包罗万象的等级制度而进人这种辩证运动中的。它们都认识到，国家或私人资本主义的逻辑不过是通过阶级或社会角色而创造的新型的依附关系，而且，创造这些关系的同一进程最终将剥夺它们的合法性。对于所有这些社会来说，根本的政治问题就是，个人自由与社会统一能够调和的程度和意义。 236

当然，现代社会的这三种类型与它们各自的前辈具有不同

的关系。它们对个人依附与统治的问题的回答方式不同以及它们对待社会理想的各具特色的方法。

在传统主义的社会中，打破前已确立的等级制度是迟疑不决的、部分的、而且在很大程度上是无目的的。而在革命的社会主义制度下，它采用的方式则是突然的、全面的和深思熟虑的。自由主义则兼具这两种特点。因此，某些因素缓慢地产生于一种贵族秩序，另一些因素则因一个革命行为而得以产生，虽然，后者也是长期社会变化与意识形态斗争所准备的。

对于传统主义的社会来说，不能证明的依附与统治问题产生于通常的工作场所，即社会生活领域中，因此，它们日益被剥夺传统组织所具有的属性和合法性。而在革命的社会主义社会中，上述问题则是如下事实的一个结果，即若不损害国家其它方面的政治和经济目标，就不可能在日常生活中充分实现共产主义的纲领。对于自由主义社会和其后自由主义的继承人来说，这一困难的关键在于法治不能解决权力问题。

最后，这三种现代社会类型的、占统治地位的意识形态以不237同的方式确定社会自身的含义。对于传统主义的类型来说，公有社会的理想是一个等级制社会，而革命的社会主义类型则把它解释为平均主义的，对于后自由主义社会来说，它兼而有之，因此，它延伸了西方思想中右派和左派在理想社会问题上的争论。

但是，没有任何理由可以假定，现代社会类型之间的相似和区别会导致最终的融合而不是一种逐渐发展的分离。这两种结果实际上都与一个共同问题的存在有关，也就是说，现代性的辩证运动并没有什么预先注定的结果。人们可以设想，它既可以不确定地继续下去，也可以经历一场沧海桑田式的巨变。

然而，由于产生冲突的相互竞争的要求会得到满足，因此，

人们有可能详细论述现代性中理想与经验的冲突得以解决的条件。第一个条件就是调和对工业主义的信念，也就是说调和工业主义明显的对集中和专业化的需要与对社会共同体的渴望。第二个条件则是，社群主义的理想应当这样界定和实现，以便于加强而不是削弱个人自治的意义以及使个人自治与权威彼此相容。否则的话，不合法的依存关系的折磨，以及更为普遍的、关于社会秩序任意性的认识，都会以不同的伪装继续烦恼我们。

本书并不试图明确这些条件如何实现，也不涉及这些实现是否可能，原因在于，这些问题将把我们带入一个更为广泛的人性和性善的问题上去。为了与我探讨的狭窄一些的焦点保持一致，我将指出，内在于现代社会中的某些机遇和风险会如何影响法律，并为法律所说明。

超越现代社会的法律：两种可能性

238

人们可以使用两种方式解释那些在现代社会，特别是后自由主义的社会中起作用的趋势对于法律的影响。目前，尚不能证实也不能证伪这两种解释，因为，它们代表了现代主义中内在的可能性。

第一种假设可用一种封闭的循环这一比喻加以概括。它愿意把整个法律史看作是一个趋向于某一点，随后又返回到出发位置的运动。在西方法律史上，我们已经看到，具有公共性和实在性规则的官僚法是如何建筑在习惯性惯例的基础上，又如何依次被信奉法律规范普遍性和自治性的法治部分地取而代之。通过破坏法治理想的社会和意识形态基础，后自由主义社会的

福利趋向竟推动着法治理想回过头来向官僚法的方向发展而去。接踵而至的合作趋向和公有制希望又开始破坏着官僚法本身。因此，它们是在为返回到作为社会秩序的根本的、几乎是惟一的工具的每个集团的习惯铺平了道路。

这一假定的发展对于道德和政治将会产生深远的影响。即使法治不能解决社会生活中不合法的人身依附关系问题，它也与个人自由紧密结合在一起。官僚法则建立在这一概念之上，即社会制度可由人们的精神所掌握，并根据人们的意志而加以改造。它反对把它们看作是自然界中不变的组成部分。

从这个角度讲，法治的没落会威胁，甚至破坏个人的自由。而抛弃官僚法则意味着重新陷入部落文化的逻辑中，它把现存的集团秩序神圣化为一种自然的不可违抗的律令。如果，这就是改造现代社会的后果，那么，当前具有否定意义的乌托邦就值得辩护了。否则的话，我们就会丢掉自由和超越的财富，我们就会责备自己投身进一种未加反思就接受的社会，在其中，批判的力量和造反的精神都将渐趋平和。

239

另一种探讨现代社会未来及其法律意义的方法可用螺旋比喻代表，它可以转变方向，但并不返回到出发点。它意味着个人自由可以从法治的没落中抢救出来，并使其与重新确认的社群主义的关注协调一致。它赋予如下论断以意义，即把每种社会生活形式看作是创造而不是命运的能力可在法律的公共性和实在性解体之后继续存在，并与社会生活中的内在秩序的意义调和在一起。让我们简单地评论一下这些可能性。

法治，是自由主义社会对于权力和自由问题最明确的回答。但是，我们已经发现，无论在防止政府直接压迫个人自由方面有什么功效，法治主义战略不能在工作和日常生活的基本关系中解决这些问题。无论"公共的"迫害能否继续防止，个人的统治

能否最终受到制约，一旦抛弃法治，这些问题都将部分地依赖于精制古代社会分散权力方法的可能性而定。这些方法的要点就是多元集团本身：从一个人到另一个人的个人自由，参与决策的个人自由，这种自由将形成个人所属的每一种联合的生命。

但是，这本身还不够。人们还需要一些标准以便在不同的排列方式中，在合法与非法地使用权力中，在可允许的不平等与受禁止的不平等之间做出选择。如果缺少这些原则，自由主义社会的困境完全会再现：由于人们寻找一种他们不能发现的正义，他们将受到责备，而且，由于缺少道德基础，一切社会安排都将受到怀疑。 240

权力问题会把我们带入我设想的螺旋发展进程的其它方面之中。除非人们重新认识到社会实践代表了某种自然秩序而不是任意的选择，否则，他们就不能希望有可能摆脱不能证明的权力这个困惑的问题。但是，在现代社会的环境中，这种内在秩序的观念又如何才能取得呢？

在特定的组织中仅仅存在道德共识还不能实现这个目的。首先，将需要把对不平等的破坏推进到这样一点，从而使人们将有权更加信任集体的选择，把它看作是共同的人类本性的一种表现，是社会秩序的内在要求，而不是统治集团利益的一种产物。第二，这是必不可少的，即日益增加的平等经验使得人们对社会生活的内在秩序形成更广泛的共识也有了可能，而且，这有助于进一步精制对平等含义的认识。很明显，若没有第二点，则第一点必是空洞无疑。但是，若没有第一点，则第二点就是危险的，因为它威胁欲使社会中最有力和最能明确表达自己观点的人们的观点永恒化。

即使人们假定，关于内在的权利模式的观点可以创立并得到证明，人们仍然希望了解它如何能够摆脱令人窒息的批评和

变革。为了保持超越现实的可能性，十分重要的是，必须经常记住，任何一种社会实践体系的内在的不完善都是洞见社会生活需要的渊源之一。如果人们认真对待历史是人们自己书写的这 241 一观点，那么，社会生活的上述需要会不断得到发展而不是静止不动。对未来开放意味着人们必须高度评价这一冲突的进程，通过它，社会的创造可以不受具体时代的限制，社会之间也可以建立同任何社会团体内部的凝聚力一样的令人满意的关系。

内在秩序与超验批判的这种调和会暗示用在某种意义上被称为习惯的东西而不是我们现在能够理解的官僚法或法治实现一种更大规模的取代。这种习惯法令具有许多习惯的标记：它缺乏实在性和公共性的特点，它基本上是自发形成的，并具有含蓄性。然而，由于它为划分实在与应在留下了余地，因而它会不同于习惯。它将不会成为一个特殊集团的稳定的规范性秩序，而是人类发展中的道德语言。

无论人们是接受循环论假定还是螺旋论假定，重要的是人们必须记住，从历史上看，这三种法律类型并不是明显分离的世界，而且相互重叠、渗透的领域。后自由主义社会的法律职业、法学教育表现出对这三种法律和法律思想的同样的关心。这个宇宙具有一个白纸黑字的法律的外层空间；这是一个法治理想得以实现，专业性的法律分析方法得以繁荣的领域。然后还有一个官僚法和官僚术语的内部空间，在这个层次上而言，法律是作为工具而加以运用和研究的。人们可以谈论成本收益、谈论帮助行政精英和职业精英以非人格化的技巧和社会福利的名义行使权力的政策科学。但是，除了法律上的形式性和官僚的工具主义之外，还有一种刚刚萌芽的公平和协作的感觉。

242 我一直在讲，可以从两个不同的角度出发来观察公平和协作观念，这两个角度分别对应着习惯的两种意义。一方面，由于

它是由过去支配着它而现在控制着它的人们所规定的，因而，它可以是用来捍卫特定社会内已经建立的价值和信念的工具。但是，由于习惯又与实质性正义联系在一起，因而，它也可以作为致力于发现社会生活中一种普遍的、既定的秩序的斗争所采取的原始手段。

探讨这种潜在的、活的法律，它不是命令性规则的法律也不是官僚性的政策，而是人类相互作用的基本法典，一直就是法学家艺术的主要内容，而无论在哪里，法学家们都在用深刻的见识和丰富的技巧在从事着这种艺术。把伟大的伊斯兰宗教学者(ulama)，罗马的法学家和英格兰的普通法律师结合在一起的纽带就是，他们共同具有的如下认识：法律，与其说主要由法官和君主制定，不如说是由社会生活自身所提供的①。纵观历史，在法学界与追求社会生活内在秩序的努力之间有着紧密的联系。这种联系的存在表明，法学家的见识，它先于法律秩序的产生，可在这种秩序没落时仍然存在下去。

允诺把自由与超越和社会及内在秩序调和在一起的同一进程威胁着要用牺牲前者来取悦后者。在简述理想国时，柏拉图提到这样一种社会，由于人被降低为只需要动物性的满足，因而，人们不仅丧失了自我批评的能力也丧失了对不完善的认识。柏拉图称这种社会为"猪猡之邦②。总之，本文讨论的历史趋向的意义在于：提供一个用猪猡之邦的远景惊吓自己的简单手势，同时又用天使之邦的未来引诱人们。通过给我们提供了极端的善和恶的形象，启示我们认识什么是人性中的兽性和崇高因素。

① See Francois Gény, *Science et Technique en Droit Privé Positif* (Paris, Sirey, 1915), vol. I, pp. 96—97.

② See Plato, *Republic* 372D.

243

第四章　再谈社会理论的困境

再谈社会理论

现在是根据我们对法律所进行的社会研究所得到的知识，重新考虑本书开始所提出的问题的时候了。前面三章一直在提出，而本章将会证实，方法，秩序和现代性问题是密切联系在一起的。对其中任何一个问题的全面解决必须以同时解决其余两个问题为先决条件。对其中任何一个问题的进一步理解都将直接改进我们处理其它问题的能力。

不过，这些问题以不同的方式吸引我们的注意力。实际上，方法问题最容易脱离特定的历史环境加以研究，并用普遍陈述给予回答。即使人们认定，解释的某一范畴或程序比其他的更 244 适合某些环境，但是，一定还有决定着什么时候一种方法更可取的普遍标准。

现代性问题则恰恰相反。它不得不研究特定事件。因此，对这个问题的回答只有在一个具体历史环境范围内才有意义。很明显，除非历史性的要求具有某种普遍性的意义，除非这些要求超出了就事论事的局限性，否则，它们就根本不能构成社会理论的要素。下面这句话并没有说出什么重要的道理：即使最具

体的历史陈述也一定会暗中涉及一般的思想范畴，并且依赖于有关社会秩序和人类行为的一般概念。人们没有办法避开认识历史特殊情况和把握普遍真理之间的困惑关系。

在方法问题和现代性问题之间则是社会秩序问题。社会契约的概念不仅涉及到关于解释的信念的普遍性，而且涉及到历史研究的特殊性。我们可以有多种关于究竟是什么因素把每个社会或每种社会秩序形式聚在一起的观点。但是，这些更具体的共同存在的种种观点却建立在关于什么使任何种类的秩序成为可能的假设之上。

关于社会秩序的观念之所以处于这一中间位置，原因在于这些观念抵制对论题和方法范畴加以分类。它们涉及到构成人类联合的组织和意识类型。但是，它们也是我们努力描述和解释历史事件时公开地或不公开地从中获取灵感的概念宝库。它们处于一个神秘的位置上，在此，思想的过程和它的产物之间的界限消失了。

继续消除普遍性的过程，在其中，方法、秩序和现代性问题得以寄身其间，解释了本章讨论的重点。本章的最大部分篇幅 245 将用来讨论方法问题，因为，我的历史观点中的方法论含义最为隐蔽。接着，比较简单地谈一下社会秩序问题，最简单的部分是现代性问题，这并非因为它较其它两个问题更不重要，而是因为，它是一个我前面的讨论中说得最充分的一个题目。

方法问题

作为本书第一章就展示的问题，方法问题包括四个方面：摆

脱逻辑和因果解释的可能性，能否克服理性主义和历史主义的不充分之处；第二种方法和因果性的关系；行为对行为者的意义与行为对旁观者的意义之间的联系；系统性的理论与历史性理解的关系。

对法律所进行的社会研究表明，它对现代社会思想中一种有关方法论现状的观点有特殊的重要性。在现代社会和现代文化中发挥了那么重大作用的同一个理想与现实的差距规定了方法论的困境及我们特殊的法律形式的场景。行为与信念的联系，特别当后者具有公开的、正规的方面时，让我们困惑不解。我们的法律似乎是一套规定我们应当如何行为而不是描述实际如何行为的规则。

实在与应在的一致性联系愈弱，那么，在任何一个集团中，246 行为对行为人和受其影响的人或旁观者来说的意义就愈不同。因此，制定非人格化的，限制个人权利和义务的规则就越发重要了。

所以，这毫不足怪，即理解法律与社会生活其它方面的关系之尝试有助于我们继续进行经典社会理论中的方法论争论。接着，让我们重新检验有关方法争论中的四个问题。

理性主义和历史主义之外的一种方法就是共同意义的方法或解释性解释。它的主要兴趣就是研究镶嵌在信念中的行为，以及把大量的信念和行为的结合物统一进一个其内在统一性既非逻辑又非因果的整体之中。行为涉及到外在的、可观察的举止，信念则涉及到人们对事实和价值的所感所思。

社会理论的许多谜语都来自于坚持信念与行为的对立，及随后的确定它们彼此关系的尝试。有时，强调物质因素的突出作用，有时又认为精神因素是至高无上。人们日益频繁地把历史中精神与物质描述为具有同样力量，并对行为产生独立影响

的东西，但是，在研究它们之间如何相互作用这一问题上并没有什么进展。

通过把社会研究的最小单位看作是信念与行为的某种结合物而不是单纯的信念或行为，共同意义的方法重新明确了争论的术语。这种信念与行为的一致性就被称为意义。人类行为的可理解性预先假定：借助于参考关于个人追求的目的的观念及关于促进或妨碍实现这些目的的条件的观念，行为能够得到理解。只有在我们能够根据某人对自己希望的目标的信念及对他行为的环境的认识来了解他为什么在某时以某种方式行为时，他的行为才可以在特定的人类或社会条件中得到理解①。为了 247 了解其行为的效果和发展过程，我们接着必须比较他对世界的判断及我们自己对现实的认识，而且，我们必须确认他会从自己的错误中得出什么经验教训。强调信念与行为的不可分离性产生了一系列困难而又熟悉的问题。

人们应当清楚，我所说的人类或社会理解绝不是解释行为的惟一方式。只要我们愿意，我们完全可以根据纯粹的自然科学术语来描述和解释行为，当然，这将以排除我们的经验的一个方面为代价。一种更准确的说法则是，由于人类行为镶嵌在信念之中，因此，社会现象本身中都包括着自我解释。如果仅仅把行为当作思想的对象而不同时也是知识形式，那就会忽视它们存在的一个方面。没有什么完整的纯粹自然科学的解释能够补偿这种曲解所造成的损害。

行为体现在信念中这一命题的另一问题就是它对伪善的可

---

① See Alasdair MacIntyre, *A Mistake about Causality in Social Science* in *Philosophy, Politics and Society*, second series, ed. Peter Laslett and W. G. Runciman (Oxford, Blackwell, 1969), pp. 48—51.

能性、虚假的意识及无意识行为的含义。这里的危险在于，坚持行为与意识的不可分离性将会被用来指，无论人们对其所作所为怎么说怎么想，这种说法和想法就是他们事实上正在做的行为本身。如果说这就是争论的结果，那我们大概就会从行为主义中脱身出来又跌入理想主义的泥潭。

因此，解释性方法绝不把正式声明的信念与实际的信念或者实际的信念与行为人行为的现实等同起来。相反，它把每一个因素看作是理解其它因素的条件。这种认识过程与承认行为人公开宣布的目的与其实际目的之间存在差别并无冲突。真的，它与如下信念彼此相容，即在明确表述和意识的许多不同层次上，目的都可能既相互冲突又和平共处。

248

根据行为人可能误解其行为的环境和效果这一假定，我们也可以赋予行为以意义。因此，这种方法的不可缺少的一步就是，对比行为人对世界是什么的认识与我们在充分占有材料基础上对世界是什么的认识。

最后，某些行为可能全部，所有行为都部分地是无目的的或不假反思的。就其仍处于意识的门槛之外这一点而言，虽然它们可作因果性说明，但它们不能得到有意义的解释。

人们可能会问，意义的属性是否会必然地破除传统的因果性观念呢？目的的选择可以看作是主要的原因，而环境的选择则是背景的原因或条件。然而，这样运用因果性还会有一个重要的前提。只有当个人的目的不被仅仅当作其它原因的直接的、确定的后果，只有当每个人或集团的目的在某种意义上仅仅是它或他自己的目的时，用目的与方式的语言而不是因果关系语言讲话才有意义。

通过意义的棱镜观察行为就意味着把行为看作是一个历史事件。尽管说历史知识属于回顾性的只有表面的意义，但是，事

实上，即使在关注预见未来时，所有的认识都建立在了解过去的基础之上。历史知识的特殊性在于，它努力掌握和采取行为人的立场。行为人可能知道一些自己行为的后果，但他不可能知道全部后果，他也不能避开在不同的，可能的目的和行为原因中做出选择的经历。

249

当人们从解释性方法的第一层次转到第二层次时，当从行为体现在信念中转到社会现象被聚合为一个有意义的整体的方式时，把共同意义的方法与因果解释等同的不适当性就更加明显了。行为的意义不可能独立于它的社会环境之外，这主要由于它们产生于社会规则，实践和认识的背景之中，正是在这种情况下，一个声明、姿态或行为才能展示其目的。

正如语言本身一样，这一广泛的社会相互作用的法典是一个集体的遗产。但是，像语言一样，它包括了许多具有不同程度严密性和具体性的方言和子系统。能够被同一标准破译的现象具有一种既非逻辑的又非因果的一致性，这是一种独一无二的语义学的整体性。

根据意义的规则，社会现象聚合为一个整体，而且，借助于这一规则，社会现象现在，同过去一样，被纲领化了。行为的这两种情况越是对立于同样规则、实践和认识的背景，我们越有权将其看作同一整体的成员。因此，一种法律思想体系中的两种学说，特定时期内某一宗教团体内的两种仪式，表现同一风格的同时代的两幅图画，都可以看作是单一语言所传达的信息，是一个整体中的不同的信念——行为结合物。可是，如果我们从不同的法律体系中引申法律理论，从不同的宗教中寻找仪式，从不同艺术风格中寻找图画，那这种整体性就很难，甚至不可能认识。同样，一种社会生活形式也代表了一个有意义的整体，因为，它提供了一种普遍的相互作用的语言，这种语言渗透到存在

的许多领域之内。

若要两种社会现象附属同一集合物，那就要求比在同一规则内解释它们更多的东西。这也是必然的，因为它们传达了一种相似的信息，从这个信息中，人们可以推论出关于他们应当如何行为及应对他人抱什么样的期待的指导。这种相似性较逻辑一致性的意义更多些，但比逻辑的明确性和特性差些。

它的两种主要形式就是职能上的区别和类似。当对不同社会生活领域具有不同意义的现象，像拼板玩具的零件一样，结合进一种更为全面的对某些现实的认识之中时，就出现了职能上的区别。从特定环境和丰富的细节来看，当几种社会事实被证明对行为和信念具有相似意义的时候，就出现了职能的类似。通常情况下，职能上的区别和类似都是自动运作的。从这个意义上讲，关于一种法律制度的理论可以作为一系列职能上有别的概念而开始。然而，该系列中的每一分子都不受具体时代的限制，以致于它们可用来讨论问题、可以呼应其它分子的概念。

两种集合的标准，即能够以同一种方式译出及有能力传达一种相似的信息，并不像初看时那么不同。当然，对于共同认识来说，实践和规则背景中任何一个组成部分能够传送的信息的种类也存在着严格的界限，而且，用不同规则传达相似信息甚至更困难。这恰恰就是比较社会研究的首要障碍所在。

社会现象聚合而成的整体包括了广泛的内容，从一个个人的特殊倾向到社会生活全部形式都包括在内。一个社会中主导文化与该社会组织模式的关系同最简单的信念与体现此信念的行为环境的关系一样。一个社会的法律构成了该社会的文化与组织之间的首要纽带。它是镶嵌在组织模式中的文化的外在表现。

在最基本和最普遍的规范秩序类型——习惯中，这一点体

现得十分明显。习惯由一些不言而喻的正确行为标准所组成，而它们也正是实际的行为模式。然而，它们也赋予服从习惯或侵犯习惯的每一个行为以特殊意义。由于存在着大量的、不确定的、可能的解释，因此，习惯还赋予否则便是无意义的行为一种决定性的意义。从这个意义上讲，只有在支配着领主和封臣相互关系的规范体系内，一位封臣藐视他的领主的姿态才有意义。 251

这同允许诗人通过使用特定语言传统的惯例而表达自己的意思是同一种现象。在一个更基本的层次上看，这正是使自然语言成为交往工具的原则；人们之所以能够以任何一种语言讲述不定数量的事物，则恰恰因为：它的规则是确定的，而它的声调、词汇和句法的储备是有限的。的确，社会的规范秩序代表了，在非常真实的意义上，它的社会关系的语言。

一个社会的组织，它的文化，它的规范性秩序等于一种什么样的有意义的整体呢？很明显，这样一个整体不能归属于社会生活的某个特殊方面，如封臣与领主的关系。同样，它也不能授与社会中多种多样的可能的经验以意义。这样一种有意义的整体必须能够提供一幅人在世界中的位置的图画，必须提供一种观点，在其中对个人与社会关系的认识占据特别重要的位置。在这里，再次提到语言的相似性是有帮助的。

语言学使我们习惯于承认，每一种语言都对世界做了完整的分类。在同样意义上，被看作是一个整体的每一种社会关系体系都包括了一幅人类存在的完整的图画。我们可以从各个组成部分中推断出意义的整个系统，同时，我们通过把部分安排在整体中而赋予部分以意义。与之类似，我们可能通过理解某一语言中不同区别的关系和某一区别最终与该语言体现的整个现实范畴的关系来把握一种语言中一个区别的意义。然而，同时， 252

某人对这一整个分类的认识总是被用来例证或检验他对讲述这一语言特殊方式的理解究竟如何。但是，如何防止从部分推论整体，然后再从整体反证部分这一循环成为一种恶性循环呢？

再看一下我的语言学例子。一旦某人掌握了本族语言提供给他的，体现在支配着语言运用规则中的一种原始的、不明确意义的共同意义，他也能够赋予他从前从未听到明确表述的思想的特定序列以意义。通过在一种模糊理解的框架内给予新的行为和信念一种临时位置，一种类似的程序可以使社会理论家和社会生活的积极参加者赋予这些行为和信念以意义。伴随着人们对一种特殊的社会关系或信念的每一次新的解释，那一大幅图画会更加准确。因此，对社会的理解能够打破否则会是陷阱的那种封闭的循环。

本书所讨论的每一种社会生活形态，即部落的、贵族的和自由主义的社会，以及现代社会的那三种变型，后自由主义的、传统主义的和革命的社会主义社会，都是一个最全面的有意义的整体。每一种社会形态都体现了一种人类存在的完整模式。而且，在揭示和确定信念与组织的关系方面，对于每一个社会来说，法律都起了关键性的作用。

这种关系既彼此冲突又相互加强。在一个自由主义社会253中，它趋向于使理想与现实彼此对立，人们仍然可以谈论组织形式体现了信念，因为，该社会中人与人的关系继续产生着它的对立物。而且，人们自觉坚持的价值与他们的生活真实经验之间的一系列特殊的对立关系还会继续重复下去。

现在，让我们考虑一下，一般地说对解释性说法，特殊地说对聚集观念可能出现的反对意见。这两个东西似乎都不幸地缺乏因果判断的准确性。然而，一旦承认因果关系的矛盾性质，即把特定结果归因于特定原因的需要与说明每一现象如何引起其

它一切现象的需要之间的矛盾，那么，因果关系的所谓准确性也就越来越靠不住了。总之，可以这样说，因果性解释越完整，这种解释也就越是循环证明和模糊不清。

另一个困难在于，任何一种特定的社会现象可以属于不同的集合体。在提供统一的解释性规则或包括了大量的、部分冲突的规则程度上而言，社会生活的形态会有所不同。在这种二重性中，有一个方面值得特别注意。对于解释行为而言，谁应该决定有关的、基本的规则？信念体现了行为这一命题似乎约束着我们承认，它一定是个人的力量或个人所属的集团。但是，这一结论使概括和比较成为不可能进行的事情。因此，我们再次遇到了主观意义与客观意义的问题。稍后，我将回到这个问题上来。

现在，我们完成了对解释性说明方法的轮廓，它的两个阶段及它的主要困难的说明。这种方法并没有什么新的理论和实践特点。事实上，它一直就是伟大的欧洲历史学家所偏爱的工具。这些历史学家的天才之处主要在于：他们有能力把行为放在具体的信念的背景中加以研究，并从整个传统、时代和社会中去寻找一致和冲突的因素。经典的社会理论家则使这种方法处于理论意识的层次上，而当代的学者们则讨论并发展了这一方法[②]。254
目前仍然欠缺的就是掌握这种方式的准确特点，一种认识只有在如下时刻才能接近完善，就是把方法问题作为一个整体来看待，并把它与社会理论的其他方面相互联系起来。

由于本文一直更为关注整个社会而不是特殊的集团或个

② 有关两种方法的情况，见 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode* (Tübingen, Mohr, 1965)；以及 Clifford Geertz, *Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture* in *The Interpretation of Cultures* (New York, Basic Books, 1973), pp.3—30.

人，因此，是在一个相当抽象和概括的层次上，我说明了解释性说明方法两个主要方面。因此，本文一直坚持组织与意识的不可分割性，以及相对于个人行为和信念的集体对应物。产生于不同历史条件的不同法律类型被认为既是组织社会的方式又是认识世界的方法；每一种社会生活形式都作为一个整体，在其中机构和意识构成了一个不能分解的整体，而受到研究。本文致力于确定在不同的历史环境中都起作用的基本的意义规则，并说明它们如何变化。在说明更为具体的历史事件时，也许，同一种方法会更加成功地运用。

虽然，我描述了共同意义的方法，但我还没有澄清这种方法和因果解释的关系。当然，这种方法并没有使我们摆脱说明一个事件或有意义的整体为什么及如何前后相继的需要。对这个问题的一种肤浅的回答大概会是说，共同意义的方法关注于描述，而因果解释则是一种解释的工具[3]。然而，如果我前面的观点是正确的，解释一种社会现象有两种含义。面对某些既定事实，解释可以是以或多或少的或然性指出，其它事实将如何及时跟上。但是，解释也可以是根据一个社会的规则体系、惯例和信念的背景说明一个行为所具有的意义。

255 后一种解释有时也叫解释。它只是关注"事件的逻辑"：不同行为传达相似信息的程度。在特定的环境中，"事态的逻辑"可能会使某些行为更具或然性，然而，个中原因并不是因为它们来自特殊的原因，而是因为社会现象具有加入一个有意义整体的倾向。也就是说，如果我们在一幅油画中发现了某种艺术风格的某些特点，我们就可以期待着发现该风格的另一些迹象。

---

[3] See W. G. Runciman, *A Critique of Max Weber's Philosophy of Social Science* (Cambridge, Cambridge, 1972), pp. 85—86.

自然，风格的特性既不是什么因果关系也不是什么逻辑上的包容关系。

就解释性说明关注了事件的连续性而言，它集中于说明在有意义的整体内部或这些整体之间人们处理不连贯问题的方式。就它把冲突及其解决看作是社会变化本质这一点而言，它还具有辩证意义。在这些冲突中，最重要的就是把人们的理想或观念与其自身经验相对立，因为，它瓦解了构成社会生活特征的行为与信念的统一体。

虽然，因果方法和解释性方法彼此不同，但它们之间也有重合部分。一方面，有目的的行为通过操纵因果关系链条而表现自己，也就是说，行为人所选择的，实现其目的的方法之目的在于实现他的愿望。另一方面，在对历史事件进行因果解释时，我们不得不特别区分主要原因和次要原因，以及原因与背景条件。在这样做的时候，人们必须认识到，在特定的历史环境中，什么是正常的，微不足道的因素，什么是新颖的、重要的因素。这种认识要求我们，至少要大致上掌握某种社会生活形式的有意义的结构。

考虑到这两种方法的论题，人们最好把因果解释和解释性说明看作是两个同心圆圈，前者比后者大些。可以这样说，凡是 256 可以有意义解释的现象同样也可以给予因果解释。一种意识形式，例如法律理论体系或一件艺术品，都可以被看作是传达了某种相似信息的，能够被解读的一套符号。但是，它们也可以被看作是逐步发生的、是过去若干事件的产物，当然，也许制造或操纵这些符号的人对此并无知觉。

可是在社会中，被因果关系说明的现象并不能都得到有意义地解释。凡是无目的的、超出意识范围的、由人所不能支配或人尚未意识到的力量所推动的行为或现象，均在解释性方法之

外。然而，事实上，这些剩余物却构成了社会生活中的一个巨大的重要的部分。这一结论的意义在于，人们在社会中所做的许多事情并没有向一种特殊的人类或社会的认识开放。

解释性方法相对有限范围的根源在于人性的两重性。人既是能够有目的行事的自我意识也是自然界的一分子。虽然，人的目的能够渗透到其存在的某些方面，但却从来不能渗人存在的一切方面。

无论何时只要我们抛弃意识的事实，行为主义就会趁虚而人。无论什么时候，只要我们无视意识自身的限制，我们就会滑进理想主义[4]。总之，行为主义和理想主义是一种社会研究方法所能犯的两大错误，因为它们都歪曲了人类存在的关键特性。

在我对法律的研究中，我一直强调解释性方法大显身手的机会和它的局限性。因此，对法律条件的讨论的一个主要部分就是关注组织类型或意识形态具有的那些无目的的、基本上未受注意的影响。

既然我们已经确定了共同意义方法并描述了它与因果性的257 关系，现在，就可以重新理解社会认识中的主观性与客观性问题了。解释性方法要求解释者认真对待行为人的目的，并且，像通常所说的，根据行为人自己的认识而掌握他的行为。但是，若要观察者，社会理论家和历史学家有意义地理解某一主体的行为，那么，他们必须先是能够解读行为人彼时彼刻的言论，然后，把解读所得再次融人观察者自己语言的符号之中。换句话说，观察者与被观察者之间距离越远，从一种语言符号转变为另一种

---

④ See Ernest Gellner, *The New Idealism—Cause and Meaning in the Social Sciences*, in Ernest Gellner, *Cause and Meaning in the Social Sciences*, ed. I. C. Jarvie and Joseph Agassi (London, Routledge, 1973), pp. 50—77.

语言符号的工作就越重要、越困难。这是客观性问题的第一个方面。

当我们希望不仅仅帮助一个社会的成员理解另一个社会的成员,而是形成一种普遍的比较社会的理论时,第二个方面的问题就产生了。因为,这时,我们就需要一种普遍性的语言,在其中,更为特殊的语言符号、包括观察者自己的语言符号都可以翻译出来。事实上,客观性问题的这两个方面是不可分割的。不同文化之间的翻译,就是以普遍的,虽然也许不甚清晰的比较标准的存在为先决条件的[5]。

不同文化之间可以进行比较的理论前提就是人类精神的统一性。不过,人们必须十分谨慎地确定什么东西赋予我们权利以建立这样一种假设以及它可以带我们走多远。不同文化之间的翻译问题只是更为普遍的个人交往问题的一种明显形式。

虽然,社会规则是一种集体性财产,但每个人却以一种独特的方式理解及运用它们。他的理解和使用又与他的存在状况密切联系在一起。因而,人们之间的差别为彼此心灵的沟通设置了障碍。尽管这些障碍在部落社会,或在共识特别强有力的社会中可能比较微弱,但是,它们总是存在。 258

个人之间的交往以两个问题为先决条件。第一个前提是,传播消息的人,作为同一种族的成员,具有相同的存在状况和精神;第二个前提是,这一潜在的或隐而不见的相似性会因一套共同的经验、认识和价值而现实化。经验与认识不可分割:信念中所体现的行为包括了同样的意思。而认识又与价值观念不可分

---

⑤ 否则,翻译问题就是无法解决的。见 W. V. Quine, *Epistemology Naturalized in Ontological Relativity and Other Essays* (New York, Columbia, 1969) pp. 80—82.

割:我们的世界观制约着我们所持的目的,我们最一般的意识形式则把观念和理想结合进了一套单一的信念体系之中。

因此,结论就是,只有在一种实际的、普遍的,由共同的经验、认识和价值观念所组成的社会共同体开始出现的意义上,社会研究中的主观性和客观性要求才能调合起来。当然,所有趋向于这一社会共同体的运动会因个人之间的分离而受到损害。但是,只有在这种政治意义上,方法论的问题才能解决,当然,如果能解决的话。我们自己的共同的经验、认识和价值观念与我们所研究的社会的这类东西之间的联系越脆弱,我们越不能获得对该社会的主观认识,也就越不能适用解释性方法。我们所研究的社会之间的共同联系越少,那么,当我们要形成一种全面性的、或比较性的社会理论时,我们就越是要被迫放弃这种共同意义的方法。

这就是为什么我在第二章中把广泛不同的社会作为不同类型法律的背景加以比较时的根据,当时,我被迫基本上采用了因果性术语处理这些问题。然而,当我研究的重点在第二章转移到现代社会的变型时,它们彼此之间的相似性使我有可能把它们作为有意义整体而更加自由地加以研究,并比较每一种变型社会中意识与经验的内在辩证关系。但是,今天,这几种变型包括世界上许多国家;现代主义为把对人类事务的人的认识普遍化创造了一种基础。

259

掌握了解释性方法,它与因果说明的关系,和它能够调和主观性和客观性要求的意义,可以加深我们对余下的方法论问题的认识,这一问题就是系统理论与编史工作的联系。

调和系统理论与历史认识的关键一环就是类型。类型就是一个有意义的整体,而其内部各因素的统一性就在于意义的统一而不是逻辑的或因果关系的统一。这种类型学方法的基础或

证明就是社会现象聚合为有意义整体的趋势。这些整体十分真实，就像它得以从中产生的行为与信念统一体一样真实。不过，聚合趋向并不足以解释我们应当如何形成自己的比较多种社会生活形态的理论，它也没有提供不言而喻的抽象标准，在此层次上，好得以铸造理论陈述。为了解决这些问题，人们必须返回到关于人性统一性的形而上学的观念，并对其加以发展。

我们已经看到了，组织类型、法律类型和意识类型如何组成为更为全面性的整体，即社会生活形态。这些社会生活形态，我曾在书中以部落社会、贵族社会和自由主义社会及现代社会三种变型为例加以说明，是适用于社会理论的最普遍的类型。每一种形态都表现为对人的意义的一种独特解释。每一种形态都把个别成员与反复出现的人类存在的需要对立起来，不过，它们的方法各异，并且限制了可以用来满足，它们的物质和精神资源。也许，这些持续存在问题的最普遍的意义不得不涉及到，如何处理人类个性的要求与人类社会性的要求之间的矛质，以及如何对待使一种要求依附于另一种要求或调和它们的努力。 260

由于解释了人性，因此，每一种社会生活形态都改变了人的属性，改变了人的求来。因此，后自由主义社会、传统主义社会和革命的社会主义社会所面临的机遇与困难明显不同于那些早期形态所不得不应付的机遇和困难。这些机遇不仅以一种更为激烈和自觉的方式提供了个性与社会性、自由与社会的斗争，它们还为解决这种斗争提供了一种史无前例的丰富的精神和物质手段。

我刚才概括的关于最普遍的类型——社会生活形态与人性的关系的认识建立在两个似乎彼此矛盾的关键观念基础之上。第一种观念认为人类联合的问题和可能性都是一种有限的组藏。每种社会生活形式都根据它回答问题和追求可能性的方式

而得到确定。有限蕴藏这一事实使得全面性的理论和一般的比较有了可能。然而,这一原则似乎与我的命题的另一半不相融合:社会生活的形式是逐渐形成的和再创造的,而不只是人性的例证。

调和这两种同样重要的观念的方式就是,把人性看作是体现在特定社会生活形态中的一个整体,当然,这一体现从来不是尽善尽美的。所以,人性总是可以超越按某一方向发展人性的任何特定社会形态的限制。然而,只有通过社会生活的历史类型,人性才能被认识,确切些说,才能存在。

虽然,到目前为止人性受到大量的、多种多样的社会形式的影响,但是,它却保持了自己的特质。这种统一性的根源就是人与自然,与他人,与自己的工作之间的关系这一永恒的问题。社会的改造改变了对这一困境不同部分的强调、对这一问题认识的深度或者其内部冲突得到解决的程度,但它不能更改现状的结构。本文挑选出来作进一步研究的这一现状的方面就是,由社会秩序原则的相互作用及每种社会生活模式之内起作用的彼此对立的力量所例证的,个人自治的要求与社会的要求之间的矛盾。

261

只有在一种我们尚不具备的形而上学的帮助下,人们才能充分地制订出这样一种关于人性与历史的关系的概念。前已提到,我们整个理性概念继续依赖于作为脱离特殊的抽象概括的普遍观念。鉴于我当前的目的,这一普遍性就是人性,或对人与自然、人与人、人与自身关系的一种结构上的限制。而特殊性则指具体的社会生活形态以及体现人性并塑造人性的个别的人性。因此,普遍性就是一个既不能脱离一个特殊表现而存在又不能被还原为任何一个体现物的实际的存在。它的统一性在于持续不断地发展具体存在的形状。

这种普遍性与特殊性的学说指明了一条道路,循此前进,类型的抽象性问题、以及最终系统理论与编史工作的关系问题都应得到解决。每一个类型,无论是作为理论产物还是社会现实,都应看作是一系列紧凑的问题和可能性的体现。根本的类型就是人性本身。社会理论家可以无限期地使一种类型学方案具体化而不同时破坏它的独特性。与之相似,一种社会,一种个性也可以采取不同的具体的形式而不泯灭。只有当它的根本的可能性和限制的结构被逾越时,这一类型的特质才会受到破坏。 262

若按这种方式观察,社会研究中的抽象性与具体性的问题也具有了一个新的方面。它变成了人们为一个对象涂脂抹粉的过程,或说有机体连续长出新皮肤的过程,而不是确定一个代数等式可能具有的价值的过程。放弃寻找一个前已确立的公式的例子,人们应当为某物增加一种新的确定性,它可能会有一些新的限定因素。

所以,我们明白了,正如主观性和客观性两难境地要求一种政治解决一样,普遍化的思想若与编史工作建立友好关系则需要以我们哲学观念的改变为先决条件。为了克服自身的弱点,社会理论必须超越自我而达到政治或形而上学的高度。

社会秩序问题

对法律所进行的社会研究还为我们在社会秩序的基础问题上所产生的困惑提供了答案,它正确地考察了个人利益理论与共识理论的争论,以及有关规则的工具论与非工具论之间的争论。

就目前的社会思想现状而言，在研究究竟是什么把社会聚集在一起这个问题时，有两种明显方式。一种方式能够寻找一种普遍的社会契约概念，它在某种程度上可以把合法性理论和工具主义结合在一起，从而避免这两种理论各自的缺陷。另一种方式则主张，不要去寻找什么包罗万象的命题，因为它没有用，它试图确定每一种社会秩序理论最适合的特殊环境。

263

可是，本文所形成的观点却介乎于上述两种解决方式中间。它承认，与其对手相比，某种社会秩序理论可能更接近于表现一种既定关系，集团或社会的真理。但是，本文的观点也还坚持，在更深层的意义上，除非社会能够成功地满足这两种理论所代表的人类的要求，否则，社会就不能解决它自己的秩序问题。另外，特别奇怪的是，社会越是远离这种理想，要想达成一种关于社会秩序问题的前后一致的认识也就越难。

合法化理论特别适用于我称之为部落式的社会生活形态，说得更普遍些，它适合于一切形式的等级的社会。它在习惯法的社会环境中简直是如鱼得水。这种观点的理论上的缺欠原来就是它所描述的社会的实际政治问题。

而共识理论则很难说明冲突和变化这两个问题。共识理论很难允许变革和冲突的存在，而且当变革和冲突一旦发生，它也很难应付这些问题。它的全部理论的基础就在于，要使习惯适合人类社会像本能适合动物那样。但是，习惯毕竟不同于本能，由于意识的主观性、对此几乎没有什么共识可以完全将其制服，习惯总处于解体的危险之中。

个人利益理论最适合于自由主义社会，说得概括些，适合于以个人目的和感觉到的共识的非法性之间矛盾为典型的现代性的所有那些方面。它所描述的社会状况就是那些有助于产生一种强制性的官僚法或一种号称中立的法律秩序的社会环境。

我们再次发现，对这种观点的理论上的反对意见对应于该观点所提及的社会实际经历的苦难。因而，它很难说明社会的 264 稳定性和内聚力。因此，在自由主义社会中，每一项集体协定、每一次权力分配最终都被体验为是脆弱的、不合法的。自由主义就是最依赖于非人格化规则的社会生活形式，然而，它也是最不能形成和适用这类规则的社会。

无论何时，只要共识分解、或失去要人们效忠的能力，社会秩序的危机就会成为人们自觉关心的问题。因为，这时已经十分明显，习惯的确不能成为本能的代替者。无论官僚法还是一种法律秩序都不能解决这一危机。

社会生活的这两种主要的变型中的每一种，与描述它们的秩序理论一道，都从人性的一个基本方面获得了它的生气。在一种情况下是人的个性，另一种情况则是人的社会性。仅仅依赖于上述两种因素之任何一种的社会都不能解决它的秩序问题的最终原因，就是任何一种人性属性都不能允许自己被完全压抑住。

在一种社会设法调和个人自由与社会凝聚，调和一种内在性秩序的意义和超验性批评的可能性的范围内，它可以解决这种秩序的危机。这种调和变得愈完善，社会中新出现的相互作用的法律就愈是可以揭示人性和社会共存的需要。因此，人们可以从中发现用来评价共识和定义平等的标准。这些标准对每个人的适用性使得凝聚和稳定成为可能。同时，这样一种社会承认，人类组织变化的需要就像人性本身一样，都是可以改变的。如此说来，这样的社会本身就提供了异议和变化。

在这种想象的情况中，个人利益理论与共识理论之间的争论将会失去其理论意义，这仅仅因为这种争论会在实践中得到 265 克服。事实上，由于我们概括社会经验的能力具有内在局限性，

我们不能说明，这种综合会不会，或甚至能不能充分实现。因此，我们没有把握全面地回答社会秩序的理论问题。

我们应当特别强调这种分析思路的两层含义。首先，在一个社会的可理解性与它的完善性之间存在着某种关系。为了社会秩序困境内一个需要而牺牲另一个需要的社会只能落入某一种不完全的社会秩序理论的巢臼。然而，这些理论的结论本身又是相互矛盾。秩序理论的弱点，远不仅仅是思想上的问题，而是对应着它所涉及的社会中的实际状况。社会越是远离理想，人们越是不能建构一种前后一致的秩序理论，因为，人们越来越不能具有这样一种前后一致的秩序。这一论点的另一含义是，理论上的秩序问题，就像方法问题一样，也是一个政治问题。解决这个问题的局限性，也就是政治自身的局限性。

现代性问题

用来回答方法问题和社会秩序问题的同一观念结构也清楚地回答了现代主义问题。当我们使用解释性方法研究现代社会中的意识与经验的辩证关系以及当我们检验这个社会不能解决秩序问题的含义时，我们就能够掌握现代性最深刻的本质。

这一方法迫使我们拒绝关于现代社会的两个十分通俗的解释。一种观点追随自由主义的政治思想认为，社会就是个人之间的联盟，个人的目的各不相同，而他们的安全与自由则由法治加以保障。另一种观点则认为，社会不过是一个集团或特别是阶级统治的结构，而流行的意识形态不是揭示而是隐蔽了这一

结构的真实特点。第一种解释使意识具体化，第二种意识又忽视了意识的存在。与之相比，本文在研究现代自由主义社会时所用方法之核心就是一个信念与经验、意识与组织之间相互作用的概念。

当自由主义演变为后自由主义，当传统主义社会和革命的社会主义社会作为现代性的变型而出现时，这种相互作用采取了新的形式。自由主义社会深深地陷入了一种组织模式的矛盾之中，它否认社会性和内在秩序，而个人利益理论最典型地代表了这种社会的特点。可是，后自由主义社会、传统主义社会和革命的社会主义社会都以不同的方式，被调和自由与社会这一问题所困惑。这种同盟不过是更为广泛的责任的要素；即社会生活中一种自然的、潜在的秩序的意义必须与重新创造社会制度的能力协调一致。实现这种调和，并因此而为普遍意义的社会共同体而努力，也就成为现代社会的最重要的政治任务。但是，作为理论家，为社会认识中的主观性和客观性鸿沟建设沟通的桥梁，并完善我们自己对社会秩序的认识，才是我们施展才能的先决条件。

社会理论、形而上学和政治

许多社会科学是作为形而上学和政治的一个避难所而建立起来的。由于对因现代哲学反叛古代哲学而产生的观点充满信心，经典的社会理论家们急于先是把自己从形而上学的幻想中，接着从似乎是任意的政治判断中解放出来。他们想要创建一种关于社会的客观的知识体系，使之不受形而上学思考和政治争

267

论的支配。在某一时刻之前，他们是成功了。

但是，现在，我们发现为了解决自己所陷入的两难境地，在某种意义上，社会理论必须再次成为形而上学和政治的东西。它们必须对人类本性和人类知识的问题有个立场，因为，在这些问题上，没有“科学的”解释是或可以是通用的。而且，它还必须承认，社会理论的未来与社会的命运不可分割地联系在一起。理论上的进步端赖于政治事件。理论不仅包括理想也包括描述：理论必须作出的选择就是在社会应当是什么的概念中，以及在社会是什么的概念中进行选择。这些选择既不是任意性的也不是能够被逻辑或经验所证明的。这些选择建立在关于社会秩序需要及人性要求的思辨性概念之上，建立在由历史知识所形成的概念之上，当然，这些选择不装作是从历史知识中必然引申出来的。

因此，社会理论重返形而上学和政治的道路由于下述情况而面临着危险，就是存在着逐渐积累的知识可能会轻易地败给想像力和激情的机会。然而，任何对这种风险的评价应当记住两个要点。第一，这里没有真正的逃避，因为，正是社会理论的内部纲领本身，它们尚未回答的问题的负担，尚未解决的矛盾、不能证明的假设迫使我们采取这条道路。不过，在重新结合社会理论与形而上学和政治时，除了风险还有特殊的希望。因为，很明显，对社会理论和其它知识学科一样真实的是，当人们从一个十分普遍的认识过渡到一个特别具体的观点或相反时，他们有可能获得最深刻的真知灼见。这两种方式，它们都致力于把直接关心的丰富性和思想上追求的普遍性结合起来，以便赋予精神以大胆开拓的热情使之既可以面对罕见现象也可以面对共同现象，并意识到事物统一性。

268

当那些最伟大的社会理论家从其先辈的思辨性的概括出发

而提出较为精细的一种社会科学猜想时，他们就有上述体验。现在，让我们沿着相反的方向，沿着他们走过的道路回溯，模仿我们的导师们前进吧！

索　引

一、本索引系据英文版索引编译，排列顺序亦据原文；

二、条目后数字为原书页码，请按本书边码检索。

F

H

Q

R

T

附　录

现代法治国的条件
——读《现代社会中的法律》

季卫东

昂格尔1949年出生于巴西，在美国留学期间以敏锐的洞察力和渊博的学识而引人瞩目，28岁便当上了哈佛大学法学院教授。主要著作有《知识与政治》(1975年)、《现代社会中的法律》(1976年)、《批判法学运动》(1983年)、《可塑性权力：关于经济和军事成功的制度条件的比较历史学研究》(1987年)等。他在对古典自由主义社会内在矛盾进行深刻的分析和批判的基础上，提出了"超级自由主义"的共同体导向的社会模式。这种思想在美国年轻一代的知识分子中引起强烈的共鸣，成为自1976年以来影响日隆的批判法学运动的原动力之一。例如阿克尔曼(Bruce A. Ackerman)的重要著作《自由主义国家中的社会正义》(1980年)就反映了昂格尔的观点。

对于法学界、特别是中国读者来说，在昂格尔的所有著述中，《现代社会中的法律》最为重要。因为这本书从历史的演变和现代社会的转折两个层次上透视法律秩序和法学理论的本质，以极其明快的语言阐述了法在复杂社会中的地位，并为东西

方法律体系的比较研究提供了方法论的基础。昂格尔在思考现代法治的形成时非常重视中国的历史教训，他说：把近代西欧"与作为对照实例的中国进行比较，可望深化人们对于社会组织的不同模式、思想意识的不同类型以及规范秩序的不同形态之间的复杂关系的理解"。同样，正在致力于现代法制建设的中国人也可以从这种比较研究中得到启迪。

一、中华帝国为什么没有走上法治之路？

昂格尔在研究风格上深受韦伯(Max Weber)的影响。韦伯的着眼点是为什么中国没有产生出资本主义。他认为，就资本主义的发展特性而言，传统中国与西方社会在物质条件上并没有重大差异，但在精神条件上却大异其趣——与基督新教相比，儒家的价值体系缺乏资本主义发展的有力动因。昂格尔的着眼点是："中国的导致帝政统一的各种现象与西方的产生民族国家的各种现象之间存在着许多共同之处，但是两者的法制结果却很不一样。"中国形成了主要表现为行政命令方式的官僚法(管理型法)，而西方形成了自主的、普遍适用的法律体系和法律至上的观念。为什么中国没有产生出法治精神呢？昂格尔认为，主要原因在于缺乏形成现代型法秩序的历史条件——集团的多元主义、自然法理论及其超越性宗教的基础。

集团多元主义意味着不存在一个永恒的统治集团，领导权的归属带有概率性，社会犹如不同利益的竞技场。因此，为了公平地分配权力、调整各种利益关系，必须制订一套中立的、具有普遍性和自治性的法律规范。在欧洲封建制后期，国王、贵族、第三等级(特别是商人)鼎足而立，既斗争又妥协，结果出现了法治的格局。而中国的封建制(它的含义与欧洲封建制的概念有

所不同)后期,贵族(君子)与庶民(小人)是统治者与被统治者的关系,商人从属于贵族而不具有自治共同体,结果人治成为社会秩序的基本方式,法律仅仅被当作驭民工具。

自然法观念起源于强调上帝和世界的二元性和紧张关系的超越性宗教以及文化多样性的体验。具有不同文化背景的人们为了生活的和谐而需要共同的规范,超越性宗教认为这种规范就是自然法——上帝的计划和指示。在文艺复兴时代的欧洲,自然法的存在得到广泛的承认。实证法被认为是自然法的具体化,因而也就具有超越于各个社会的普遍性和自治性。而在中国,一方面上帝与世界的关系是与世俗的统治关系相对应的,另一方面上帝被称为"天",与世界浑然一体。这样的宗教经验,只能产生出"道法自然"的观念,而不能产生出自然法的观念;只能产生出侍奉权力的律令,而不能产生出控制权力的法体系。

昂格尔把中国法的发展分为三个阶段:1.从西周到春秋中叶,权力开始集中,但法既不是实证的也不是公定的,而是采取以习惯法为中心的礼制;2.从春秋中叶开始,经过战国时代到秦始皇统一中国,国家形态从封建制转变为郡县制,出现了实证的、公共管理的官僚法;3.两汉时期的儒法之争,一方强调非工具主义的合意交涉,另一方强调工具主义的强制管理,各持一端而不能进行制度性的统合,结果现代意义上的法治理论无从成立。儒家强调习惯法和自然的差序结构,使权力的效用过分仰仗传统。法家的权术势思想则无视权力和社会组织的正统性问题。悠久帝国世代的法律实践没有找到兼顾强制与合意的制度形态,只好通过实质性的妥协来混淆儒法两家的主张。

昂格尔关于中国历史的描述和分析方法并不完全正确。例如,他把古代的礼看作自发的秩序的典型——既不是实证的又不是公定的,甚至算不上规则,这是不准确的。古典文献和考古

学的研究表明，在许多场合礼是正式的明文规范。更严重的错误是他断定礼没有包含君子对小人的责任，但正如安守廉(William P. Alford)教授所批评指出的那样，强调在任何关系中当事人双方的义务正是礼的核心。关于这一点，杨联升教授在他的论文《报——中国社会关系的一个基础》中也有精辟的分析可供参照。安守廉教授还批评昂格尔忽视了天命观、大同的理想以及神学体系具有类似社会契约和自然法的功能，并指出古代中国商人曾利用法律性手段实现自己的利益。这些看法虽然有些夸张，却也言之成理、持之有据。尽管如此，我们还是应该承认，昂格尔关于中国法发展的论述的确省察症结所在，是耐人寻味的。

与中国的历史经验相对应，昂格尔建立了分析法与社会关系的类型论的概念框架，即"习惯的或相互作用的法"、"官僚的或管理的法"以及"法秩序或法体系"。关于法的形态的这些概念还不够洗炼，但却洞察先机，为后现代主义法学思考提供了支撑点。例如美国的诺内特(Philippe Nonet)和塞尔兹尼克(Philip Selznick)所提示的"压制型法"、"自治型法"和"回应型法"的分类，日本的田中成明的"自治型法"、"普遍主义型法"和"管理型法"的分类，德国的图依布纳(Gunther Teubner)的法的"实质合理性"、"形式合理性"和"反思合理性"的分类，与昂格尔的分类之间可以说是"心有灵犀一点通"。这种分析方法为东西方法制度和法文化的比较研究以及相互理解创造了基本条件。

对于昂格尔来说，中国的历史经验不仅是个案研究的对象，而且具有典型和范例的意义。他认为，如果以法治的有无为坐标轴，那么古代中国居其负极，现代西欧居其正极，其他大多数文明都不过在这两极之间各得其所而已。尽管他对中国传统的官僚法、特别是法思想中缺乏个人主义和集团多元主义的要素

的问题持批判态度,但是需要注意,在这里不必采取非此即彼的思维方式。根据他的观点,法与社会的发展及理论的革新带有周期性,是呈螺旋型发展的。因此,对立的要素可以和解或调整(reconciliation),变革往往表现为与现状反其道而行之(但并不是开倒车)。由此可以发现,在现代法制面临所谓自由主义社会的"正统性危机"的情形下,福利国家和法团国家着重于社会的实质正义,官僚法和法政策不断增殖的趋势十分明显;但是另一方面,与法理主义的形式性和官僚的法律工具主义相抗衡的公道(equity)和团结(solidarity)也获得了新的重要意义。在当代西方社会中这两种对立的倾向若即若离,与中国历史上的儒法关系相映成趣。

然而,当代西方法体系并没有因为有这样的对峙而土崩瓦解,法治精神依然健在。为什么古代中国解决社会正统性危机的以礼入法的改革的结果是德治和人治,与当代西方解决社会正统性危机的法制改革的现状有那么本质的差别呢?一言以蔽之,因为在西方,官僚法与习惯法没有进行短路式的接合,两者之间通过程序、法解释学技术以及职业法律家等的媒介作用而统一成为有机的整体。其实,昂格尔在韦伯关于法的"形式性"和"实质性"的分类之上特意增加"程序性"这一中间范畴的理由正是在这里。帕森斯(Talcott Parsons)指责昂格尔没有对程序的重要性给予更高评价的理由也在这里。从这里,我们还可以悟出中国法制现代化的一个关键问题,即通过形成和强化法的中介机制来扬弃行政命令与民间调解的苟合,其中最重要的工作是建立和健全一整套公正而合理的法律程序。否则,我们就不能超越历史上儒法之争而步入更高的理论境界,依法治国的目标也就无法真正达成。

二、法与社会的深层结构及研究方法论

昂格尔把法看做解读其所在社会人与人之间结合方式的深层奥秘的暗码体系。在他看来，17世纪形成的近代西欧社会的深层结构是起源于霍布斯(Thomas Hobbes)的自由主义世界观，而自由主义包含着深刻的矛盾和悖论：在心理学层面上，表现为欲望和理性的纠葛；在认识论层面上，表现为理论与事实的二律背反；在政治实践层面上，表现为规则与价值的区别和紧张。近现代西欧社会的深层结构中的矛盾在自由主义法中反映得最突出。在立法上，矛盾以自由的形式保障和实质保障的对立的方式出现。从形式保障的方面说，立法的目的是通过制定中立性的规则，使每个人都可以不受他人意志约束地实现自己的愿望。但问题是在规则具体化的过程中，有损于中立性的价值抉择根本无法回避。从实质保障的方面说，立法的目的是在价值交错组合以及按轻重缓急排列价值顺序的基础上制定中立的规则，但是按照自由主义的原则，是非取舍是个人的选择问题，取决于各自的欲求关系。既然选择是任意的，那么中立性的规则的基础就是不安定的。另外，在司法上，矛盾以形式正义和实质正义的对立的方式出现。前者强调严格遵守法律条文，后者强调为了正确地适用法律有必要考虑一定的目的。但是，考虑目的意味着进行价值判断，而自由主义的原则不承认判断一定欲望和意愿的善恶的标准(参阅《知识与政治》)。

自由主义法的特征及其存续的条件是什么？本书认为现代西欧法秩序的固有特征在于法的普遍性和自治性。所谓"普遍性"，指的是法律的形成和适用中的统一性和一贯性。所谓"自治性"，包括四个方面：1. 实体的自治性——存在一套独立的法

律规范体系;2.制度的自治性——存在独立的司法系统;3.方法的自治性——具有与科学解释和道德的、政治的、经济的讨论不同的法律推论技术和特别的正当化方式;4.职业的自治性——具有经过特别训练的法律专家。正如前面所述,这种法秩序的前提条件主要有两项:一项是集团多元主义,任何集团都不能永久地垄断支配性地位;另一项是自然法论,承认一种用以肯定或批判国家实证法的更高级的标准——普遍适用的神圣的法的观念。作为自由主义法秩序产生的必要条件,这两者缺一不可。

自由主义法的目的是防止权力行使的恣意性。因此,法一旦成为某种势力的恣意的表现,法治就无从谈起。然而,自由主义法是否彻底解决了克服权力恣意的问题呢?昂格尔以及批判法学的其他理论家的回答是否定的。他们认为,由于规则和价值、形式正义和实质正义的对立,自由主义社会中的法包含了许多恣意的成分,不能通过明确的规范指示特定的结果。此外,自由主义的法意识实质上掩盖了社会矛盾,它是现代阶层制的一种正统化装置。昂格尔与其他批判法学者相比具有以下显著的特点:第一,他把法的矛盾上升到自由主义原则本身的内在矛盾的高度加以分析;第二,他把法的问题放在社会理论的背景下来考察,在反思和批判中摸索新的理论方向。

昂格尔认为,过去的社会理论的缺陷主要是决定主义方法论的问题、社会秩序的问题,以及所谓"现代性"(modernity)的问题。在方法论上一直存在两种倾向,或者采取普遍主义、合理主义的逻辑说明的方法,或者采取特殊主义、历史主义的因果说明的方法,它们都有片面性。昂格尔提出的替代方法是把社会现象作为有一定含义的整体来把握,以意识和行为的对应关系作为研究的焦点,强调信念文化与组织制度的不可分割的属性。在社会秩序方面,过去的社会理论可以分成两种主要立场:或者

以个人及其目的为出发点，提倡个人利益论和工具主义；或者以社会和共同体的统一准则为出发点，提倡社会有机体论和合意主义。前者既不能解决个人利益的调和问题，也不能很好地说明社会安定和结合的原因，而后者则不能解释社会的冲突和变化。昂格尔认为解决社会秩序问题的关键是寻求能够有效地调整个人自由和集体组织的关系的条件，这样一来，社会秩序问题归根结蒂成了政治性的问题。关于"现代性"的见解也有两种，或者基于自由主义政治思想，或者基于阶级统治结构论，它们也都不能充分说明现代社会的本质。总之，昂格尔的社会理论试图采取辩证法把一系列对立面统合起来，进而扬弃自由主义法的内在矛盾。

昂格尔关于现代西欧法与社会的论述受到了广泛的关注，也引起了激烈的争议。例如，帕森斯在 1977 年的书评中称赞《现代社会中的法律》是一本重要的和高质量的著作，但是他不同意把法体系看做特定的现代社会结构的一部分，认为关于法治强制性的悲观主义是言过其实的。法律家们的抵触情绪更为浓厚，在哈佛大学甚至出现了围绕人事安排的内纷，一时闹得沸沸扬扬。应该承认，昂格尔对于自由主义法的内在矛盾、不确定性、非客观性以及意识形态性的分析的确是鞭辟入里的，这种怀疑和批判的精神也是有助于法和社会的进步的。但是关于法怎样才能提供解决社会纠纷的客观标准、自由主义法的矛盾能否从根本上克服、法的非意识形态化应该如何进行等问题，昂格尔在这本书里并没有给予回答。为此，我们有必要概略地探讨一下作者的其他著述以及后来批判法学的主要成就和未完成的课题。

三、法与社会变革中的批判与建设

有人认为批判法学存在着一种"破字当头"的过激倾向，也有人说昂格尔是打破法和社会理论传统的"勇敢的超人"，还有人从巴西的历史背景中寻找他那急进的政治信念的根源。无论如何，有一点是确实的——昂格尔不单纯是书斋里的学者，他曾作为巴西的政治活动家参与组织工会和政党，并担任过政府要职。因此，他的理论没有虚无主义的色彩，也并非不顾现实可行性。在考虑法与社会的变革时，批判是完全必要的；但是如果没有建设性的工作，批判就可能最终变成无谓的。昂格尔完全意识到这一点，所以他很重视对社会和法的新模式的探索，并把一本近著的标题定为《政治学：建设性社会理论的作品》。让我们来看看他的社会改革设想及其法律制度方面的计划。

昂格尔最初试图用"以个人自由为基础的共同体"来克服自由主义的矛盾，即克服个人的自我分裂（理性和欲望的冲突）和阶层制之下官僚的不正当统治。这种共同体的基本模型是以能够维系各个成员之间的直接关系为基准的小规模集团。它与日本著名政治学家丸山真男的"小集团"论有惊人的不谋而合之处。显然，他们都想通过这样的自发的结社关系，一方面使个人独立于国家和旧的共同体（自由主义的功能），另一方面在自立的个人社会化过程中促进个人与社会的内在的相互结合（民主主义的功能）。这种观点的实质在于防止自由主义带来个人的原子化（散沙状态）以及原子化的个人无力抵制国家权力的长驱直入的问题，进而追求一种有秩序的自由。但是，对于这些小规模集团之间具有什么样的关系、国家和小集团之间具有什么样的关系等问题，昂格尔慎重地存而不论（参阅《知识与政治》）。

后来他又提出了先用“超级自由主义”(super liberalism)来克服自由主义的主张，至于超级自由主义与共同体论的关系则未作交代。也许因为他意识到小集团的共同体构思与作为自由主义社会前提的集团多元主义的界限很难划清，因而觉得并不能用它来克服自由主义的矛盾吧！我们只知道丸山毫不讳言他的小集团概念与近代西欧社会的“多元的中间势力”的表述在本质上的一致性，而卢威(Theodore J. Lowi)对自由主义国家和法的批判甚至是矛头直指“利益集团自由主义”的，但却无从判断昂格尔的真意。

所谓“超级自由主义”是要把关于自由和解放的自由主义的前提伸张到极限，通过发掘自由主义尚未实现的潜在价值物的方法来重新构筑自由主义的制度。这个设想在《批判法学运动》一书中得到了明快的阐述。它包括两方面：第一，批判传统的自由主义法理论的中立性和自立性，把围绕社会生活条件的争端再一次引导到法律的议论中来。换言之，不是把法本身孤立起来进行分析，而是着重研究法与社会秩序的相互关系。这样做并非使法融解到社会之中，恰恰相反，是要让法通过吸收现实的因素、填补理想与现实之间的距离、根据新的实践目的修正理想等方式而获得内在的发展。第二，昂格尔提出了代替自由主义法的新的制度建设方案。它的基本目标是松弛社会的阶层制，使人从结构的重负下解放出来。它的内容包括作为社会生活可变性的制度保障的民主主义、控制社会资本的市场以及把个人和社会结合起来的权利体系等方面。值得注意的是昂格尔提出的四大权利范畴——能够保障个人不受国家、集体和其他个人侵犯的豁免权、能够允许个人改变既存的社会结构的变动权、在一定条件下对社会资本提出分配要求的市场权以及从法律上满足共同体生活需要的团结权。然而应该看到，现阶段的昂格尔

理论还缺乏制度层面的可操作性。也就是说，他的批判已经马到成功，而他的建设仍然前途未卜。

在这里，有必要简单地说明一下批判法学的现状。

批判法学作为一场运动并没有统一的纲领。尽管在美国和欧洲存在着批判法学联合会这样的组织形态和旗帜鲜明的专门学术杂志，研究范围包括法理学、法制史和实证法在内的几乎所有法学领域，但是其各个研究者的立场分歧很大，而且大多数人迄今为止都是采取游击战术，像昂格尔这样致力于建立法与政治的批判理论一般体系者还很罕见。批判法学的主流是通过具体历史资料的分析来揭露传统的自由主义法体制如何掩盖社会矛盾的解释机制，其杰出的代表是肯尼迪(Duncan Kennedy)和戈登(Robert Gordon)。这种研究的结果导致了承认和强化法的政治性的各种制度设计，例如利他主义的契约论、开放性的程序论、存在主义现象学的宪法论等等。不过，多数法律家对此持否定态度。

无论是赞成还是反对批判法学的论点，我们都决不能说他们的努力是徒劳无益的。因为这场学术运动方兴未艾，将来能否别开生面，创造出崭新的制度范例来，还不能遽下断语；即使自由主义法学像埃及神话中的不死鸟那样在批判的烈火中获得新生，那无疑也将同时成为批判法学实现其价值的另一种方式。关于后面的这种可能性，实际上已经有证可考了。例如，自由主义法学目前最有影响的代言人德沃金(Ronald Dworkin)在反驳批判法学的同时，也承认关于现代法的自我矛盾结构的分析是有说服力的。他在《法的帝国》第275页中指出："如果能避免由于普遍怀疑论的野心而犯下的错误、仅采取内在怀疑主义的方式的话，那么批判法学研究是重要的。我们可以从它的批判活动、从它的成功和失误中获得许多教益。然而，这么说是有前提

的，即假设它的目标是维护法的完整性，假设它致力于探索有关法官在尊重基于法的完整性的职业道德的同时改善法的可行性及其实现程度。这些的确是批判法学运动、至少是其中部分成员的目标。”德沃金也拆除了法与政治之间的森严壁垒。但与批判法学有所不同，他不是把法等同于政治，而是反过来把法领域中讨论的政治也视为法本身。

在法与政治的界限变得暧昧不清的场合，怎样避免法律性决定或者为社会中的力量对比关系所直接左右，或者完全受制于国家的强制性权力，这一问题具有非常重要的意义。批判法学和自由主义法学于是面临着共同的任务。民主的法治理念今后的盛衰也以该项任务完成的效果为先决条件。正是在这一意义上，昂格尔的著作有助于我们更准确地理解现代法治社会的深层结构和发展趋势。

译 后 记

承蒙张志铭、贺卫方两位先生推荐，我有幸与周汉华君合作翻译了昂格尔教授的这本书。具体分工是：周汉华翻译本书第一章，我翻译其余三章，并且负责统一定稿。

昂格尔教授的著作视野开阔、立意高远，唯其文字较为艰涩，故准确把握其含义颇为不易。况且，由于译者能力所限，不妥或错误之处恐难避免。为此，还请学界同仁批评指正。

翻译过程中，张、贺两君都曾给予译者许多帮助，在此，谨致谢意。

吴玉章

1994 年 3 月 5 日于北京